HARVARD LAW LIBRARY

Received DEC 27 1911

57

Zeitschrift

für

Rechtspflege und Verwaltung

zunächst

für das Königreich Sachsen.

Neue Folge Vierunddreißigster Band.

Herausgegeben

von

Dr. Carl Heinrich Heydenreich

Oberappellationsrath in Dresden.

Verlag von Bernhard Tauchnitz

Leipzig 1870.

DEC 27 1911

Inhalt.

Seite

Vorbemerkung. 1

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Die Grundzüge des Entwurfs eines Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten für den norddeutſchen Bund mit beſonderer Rückſicht auf die der Advocatur darin angewieſene Stellung. Vom Herrn Finanzprocurator Advocat Beſchorner in Dresden. . . 3

II. Ueber Vertheilung geſtundeter Licitalgelder. Vom Herrn Aſſeſſor C. H. Rüger in Leipzig. 97

III. Gutachten über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten für den Norddeutſchen Bund, im Auftrage der ſtändigen Deputation des Deutſchen Juriſtentages für den Deutſchen Juriſtentag erſtattet von Herrn Hofrath und Profeſſor Dr. Robert Oſterloh in Leipzig. 193

IV. Gutachten über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten für den Norddeutſchen Bund, im Auftrage der ſtändigen Deputation des Deutſchen Juriſtentages für den Deutſchen Juriſtentag erſtattet von Herrn Hofrath und Profeſſor Dr. Robert Oſterloh in Leipzig. (Schluß.). 289

V. Bemerkungen über Weſen und rechtliche Bedeutung der notariellen letzten Willenserrichtung nach §. 2108. des bürgerl. Geſetzbuchs. Von Herrn Appellations-Rath Profeſſor Dr. Müller in Leipzig. 385

VI. Bedeutung des §. 2108. des bürgerl. Geſetzbuchs für das Königreich Sachſen. Von Herrn Geheimen Rath, Comthur des K. S. V.-O. Dr. Marſchner in Dresden. 481

Seite

VII. Das Verfahren beim Widerſpruche des Staatsanwalts gegen Haftentlaſſungen. Von Herrn Geh. Juſtizrath Reidhardt, Bezirksgerichtsdirector in Dresden. 495

Präjudizien.

1—30. . . . . 20—92
31—79. . . . . 106—191
80—89. . . . . 268—287
90—95. . . . . 365—379
96—154. . . . . 408—478
155—175. . . . . 500—549

Miscellen. 551

Sachregiſter über den vierunddreißigſten Band. 557

Vorbemerkung.

Durch das unschätzbare Vertrauen der geehrten Verlagshandlung dazu berufen, hat mit dem Beginn des vierunddreißigsten Bandes dieser Zeitschrift an Stelle des seitherigen Redacteurs derselben, des am 18. Januar d. J. seiner vielseitigen Thätigkeit und Wirksamkeit nur zu früh durch den Tod entrissenen Herrn Oberappellationsrathes Dr. Theodor Tauchnitz, der Unterzeichnete die Redaction übernommen.

Die großen und wesentlichen Verdienste, welche der theuere Heimgegangene um diese Zeitschrift sich erworben hat, haben allseitig die gerechteste Anerkennung gefunden, und es darf ohne Ruhmredigkeit ausgesprochen werden, daß, wenn es gelungen ist, der Zeitschrift in dem verflossenen langen Zeitraume ihres Bestehens einen, in der regen Theilnahme der juristischen Welt zu Tage getretenen ausgezeichneten Ruf zu sichern, dies vorzugsweise auf Rechnung des redlichen Strebens und der seltenen Umsicht zu bringen ist, womit, in richtiger Würdigung der Verhältnisse und Bedürfnisse der Zeit, der Verewigte die Interessen des Unternehmens wahrzunehmen und zu fördern wußte.

Darum aber glaubt der Unterzeichnete, welcher bereits seit mehreren Jahren, namentlich durch Mittheilung wichtiger Entscheidungen des Königl. Oberappellationsgerichts, an dieser Zeitschrift mitgewirkt hat, nicht zu irren, wenn er in dem Geiste und den Grundsätzen, in welchem und nach welchen die Zeitschrift seither redigirt wurde, die Richtung seiner neuen Thätigkeit für dieselbe vorgezeichnet findet. Er kennt keinen höheren Wunsch, als daß das schöne, ermunternde Vertrauen, welches sein unvergeßlicher Vorgänger in so reichem Maße genoß, auch ihm nicht fehlen möge.

Dresden, im Monat März 1870.

Dr. Carl Heinrich Heydenreich.

I.

Die Grundzüge des Entwurfs einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den norddeutschen Bund mit besonderer Rücksicht auf die der Advocatur darin angewiesene Stellung.

Vom Herrn Finanzprocurator Advocat **Beschorner** in Dresden.

Der Art. 4. Nr. 13. der norddeutschen Bundesverfassung unterstellt der Beaufsichtigung und der Gesetzgebung des Bundes auch das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Es wurde deshalb vom Bundesrathe zu Ende des Jahres 1867 eine Commission von 10 Mitgliedern zu dem Zwecke einer Bearbeitung einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten niedergesetzt, die ihre Berathungen am 3. Januar 1868 begonnen und bis zum 21. Juli 1869 in 229 Sitzungen fortgesetzt hat.

Ein Theil des von dieser Commission ausgearbeiteten Entwurfs, der die allgemeinen Bestimmungen, die Vorschriften über das ordentliche Verfahren in erster Instanz und die Vorschriften über das außerordentliche Verfahren enthält, ist durch den Druck der Oeffentlichkeit übergeben worden.

Es fehlen noch die Bestimmungen über das Verfahren in Ehe- und Entmündigungssachen, die Lehre von den Rechtsmitteln und das Zwangsvollstreckungsverfahren.

Der Entwurf mußte natürlich davon ausgehen, daß bei seiner Einführung die Gerichtsverfassung in den verschiedenen zum norddeutschen Bunde gehörigen Ländern innerhalb bestimmter Grenzen einheitlich geregelt werde.

Es besteht ein dreifacher Instanzenzug.

Die erste Instanz bilden

a. die Landgerichte (Bezirksgerichte, Kreisgerichte),

b. die Handelsgerichte

und

c. die Amtsgerichte.

Die Verfassung der Landgerichte und der Handelsgerichte ist eine collegialische, die der Amtsgerichte eine nicht-collegialische.

Die erkennenden Collegialgerichte erster Instanz bestehen aus 3 Richtern.

Die Handelsgerichte insbesondere sind mit 1 rechtsgelehrten und 2 kaufmännischen Richtern besetzt, und es gehören handelsgerichtliche Streitigkeiten, deren Object über 100 Thlr. beträgt, vor ihr Forum.

Die Amtsgerichte behandeln die minder wichtigen, sowie gewisse einfache oder der Beschleunigung bedürfende Streitigkeiten, insbesondere vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 100 Thlrn. nicht übersteigt, Rechtsstreitigkeiten zwischen Miether und Vermiether wegen Ueberlassung und Räumung eines vermietheten Locals, Differenzen aus einem Viehhandel, aus einer außerehelichen Schwängerung; dagegen gehören zum Ressort der Handelsgerichte z. B. die Rechtsstreitigkeiten aus Geschäften, welche auf Seiten beider Contrahenten Handelsgeschäfte im Sinne des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs sind und deren Geldwerth die Summe von 100 Thlrn. übersteigt, ferner aus Wechseln, die Rechtsstreitigkeiten aus gewissen Rechtsverhältnissen, z. B. zwischen den verschiedenen Handelsgesellschaften wegen Handelsfirmen, Differenzen mit Procuristen, Handelsmäklern und Rechtsverhältnissen des Seerechts ꝛc.

Vor die Landgerichte gehören alle übrigen den Handelsgerichten oder Amtsgerichten entzogenen Sachen. Die Entscheidung darüber, ob in handelsrichterlichen Streitigkeiten die Handelsgerichte den Amtsgerichten vorgeordnet werden, und ob das erkennende Oberlandesgericht zum Theil mit kaufmännischen Richtern besetzt werden soll, ist im Entwurfe vorbehalten worden.

Als zweite Instanz sind vorgeordnet

a. die Landgerichte den Amtsgerichten,
b. die Oberlandesgerichte (Appellationsgerichte) den Landgerichten und den Handelsgerichten.

Die dritte Instanz wird durch einen obersten Gerichtshof repräsentirt.

Die Zahl der Mitglieder eines erkennenden höheren Gerichtshofes muß mehr als drei und stets eine ungerade sein.

Die Rechtsanwaltschaft, umfassend sowohl die Advocatur als die Anwaltschaft, wird mit der Beschränkung freigegeben, daß sie von dem Nachweise des Studiums der Rechte und von der Ablegung einer Prüfung abhängig bleibt, vorbehältlich der Entscheidung, ob in Anwaltsprocessen (solchen, bei denen ein Rechtsanwalt zugezogen werden muß, was bei allen vor den Landgerichten ressortirenden Processen gilt) nur diejenigen Rechtsanwälte als Parteivertreter zuzulassen seien, welche bei dem Proceßgerichte immatriculirt sind und am Sitze oder im Bezirke desselben wohnen. Es ist dies die sogen. Localisirung der Rechtsanwaltschaft, eine Beschränkung, der wir durchaus nicht das Wort reden könnten. Mindestens müßte nach unserer Ansicht jeder Advocat befugt sein, vor jedem Gerichte des einzelnen Bundeslandes, dem er angehört, zu practiciren.

Der Entwurf wird mit einem besonderen Abschnitte noch eingeleitet werden, in welchem verschiedene (10 an der Zahl) Grundsätze ihren Ausdruck finden sollen, wie z. B. daß die Landesgesetze noch ein außergerichtliches Sühneverfahren vorschreiben können, daß die Vorschriften der allgem. deutschen Wechselordnung und des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs, die Vorschriften über die Verpflichtung zu Ableistung des Manifestationseides, ferner, daß unter „Inland" im Sinne des Gesetzbuches das Bundesgebiet, unter „Inländer" jeder Bundesangehörige zu verstehen sein soll.

Ob in Bezug auf einige Vorschriften des Entwurfs, z. B. über den Arrestschlag (§. 56.) die Angehörigen der süddeutschen Staaten unter Vorbehalt der Gegenseitigkeit den Inländern gleichzustellen seien, wird noch näher geprüft werden.

Bevor wir nun in größeren Zügen die Grundideen, auf welche der Entwurf basirt ist, vor das Auge unserer Leser führen, müssen wir uns über die Aufgabe klar werden, welche der Commission gestellt war. Der norddeutsche Bundesrath verlangte ein

Geſetz, das ſich ſofort zur unmittelbaren Einführung im ganzen Bundesgebiete eigne, wobei namentlich als Bedürfniß möglichſte Vollſtändigkeit und Vermeidung jeder Gelegenheit zu particularen Sondergeſetzen im Auge zu behalten ſei. Dabei ſollte als Grundlage der frühere Hannöverſche Entwurf und ein gleichzeitig auf Veranlaſſung der Preußiſchen Regierung für die Preußiſchen Landestheile ausgearbeitetes Proceßgeſetz dienen. Nun war aber auch auf die große Verſchiedenheit der Proceßgeſetzgebungen, die in den vielen zum norddeutſchen Bunde vereinigten Staaten beſtehen, Rückſicht zu nehmen, um dem einen oder dem anderen derſelben nicht gar zu fremdartige Einrichtungen zu octroyiren. Es beſtehen in Preußen allein ſchon verſchiedene Geſetze, Hannover beſitzt ein beſonderes Proceßgeſetz, desgleichen Braunſchweig, Oldenburg, welches jenem nachgebildet iſt, in Kurheſſen, Naſſau, Schleswig-Holſtein herrſcht das altpreußiſche Verfahren, in den älteren rechtsrheiniſchen Provinzen gründet ſich das Proceßrecht auf die Gerichtsordnung vom Jahre 1793; in den linksrheiniſchen Landestheilen und im Bergiſchen exiſtirt der franzöſiſche code de procedure civile; Lippe-Detmold, Waldeck, Lübeck, einzelne der thüringiſchen Staaten haben neuere Proceßordnungen; in Sachſen, Mecklenburg, Hamburg herrſcht noch altes durch Novellen verändertes Proceßrecht.

Darauf mußte daher die Commiſſion im Voraus verzichten, daß ſie es Allen recht machen würde; die Gewöhnung an eine Einrichtung läßt deren Mängel überſehen; ſoll letztere alſo gründlich aufgehoben und ein ganz entgegengeſetztes Verfahren eingeführt werden, ſo wird ſich der, der ſich neue Formen aneignen ſoll, nicht zufrieden erklären und ſich darüber beklagen, daß ihm etwas Fremdartiges aufgezwungen werde. Und wiederum werden Diejenigen, welche an die Neuerungen ſchon gewöhnt waren, ſich nicht befriedigt fühlen und über Halbheit klagen, wenn, um den Andern gerecht zu werden, die allzu großen Schroffheiten des neuen Verfahrens gemildert und in engere Grenzen gezogen worden ſind. So iſt, um eines Beiſpiels zu gedenken, der vorliegende Entwurf den rheinländiſchen Juriſten noch viel zu ſehr von Schriftlichkeit durchdrungen, ſie wollen den Character der Mündlichkeit noch ausgeprägter haben, während die Anhänger des alten Verfahrens ſich wieder darüber beklagen, daß das deutſche Element des germaniſchen Proceſſes ganz zu vermiſſen ſei und zu viel

Werth auf das gesprochene flüchtige, nicht fixirte Wort gelegt werde und sie die Brücke zwischen dem alten, germanischen Verfahren und dem neuen, französischen, romanischen, völlig abbrechen müßten.

Wenn man aber sich die der Commission ertheilte Aufgabe klar vor die Seele führt, hat sie in der That nicht anders handeln können.

Was man bei jedem unter andern Verhältnissen entstandenen Gesetze mit Recht tadeln würde, Mangel an einem consequent durchgeführten Systeme, an einer bestimmten Durchführung fester Grundzüge und Maximen, findet mindestens einige Entschuldigung. Denn es galt allerdings der Vermittelung, der Abschleifung der verschiedenen Systeme, man konnte dem sächsischen Juristen mit seinem alten germanischen Proceßrechte nicht rücksichtslos das französische Verfahren mit allen seinen Consequenzen oder gar mit seinen Fehlern aufnöthigen. Man sieht es dem Entwurfe bei einiger aufmerksamer Prüfung desselben an, daß die Organe der verschiedenen Staaten, die in der Commission vertreten sind, miteinander gehandelt, transigirt haben, daß der eine diesen oder jenen Punkt im Entwurfe zu Gunsten eines anderen hat fallen lassen und dafür eine andere ihm zusagende Bestimmung eingetauscht hat. Daher ist es gekommen, daß kein System rein und consequent durchgeführt ist, wie wir weiter unten zu zeigen uns vorbehalten.

Außerordentlich erschwert ist das richtige Urtheil über den Entwurf, ja selbst der Versuch einer Darstellung seiner Hauptgrundzüge dadurch, daß demselben wieder keine Motive beigegeben sind*). Man ist daher in der unangenehmen Lage, sich mühsam aus den verschiedenen Paragraphen — es sind deren 738 — das System auszuziehen und die Principien sich zurecht zu legen. Zwar existiren Conferenzprotocolle, die aber nicht zugänglich und nebenbei so weitläufig sind, daß ein zeitraubendes, sehr beschwerliches

*) Dies rügt u. And. auch Stadtgerichtsrath R. Koch zu Berlin in seinen „Erläuternden Bemerkungen zu den ersten sechs Titeln des Entwurfs einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den norddeutschen Bund" in der Zeitschrift für Gesetzgebung u. Rechtspflege, Bd. 3. S. 480—500.

Die Gesetzgebung darf sich nicht mehr der Oeffentlichkeit entziehen, sie soll nicht die Form von Orakelsprüchen haben, über deren Erklärung man sich vergeblich den Kopf zerbricht.

Studium dazu gehören würde, um sie zu benutzen. Ebenso beklagen wir, daß bei der Bearbeitung des Entwurfes wieder die eigentlichen Gewerken, die den Mechanismus in Bewegung zu setzen haben, die Advocaten, nicht zugezogen worden sind. Es ist das unsers Bedünkens ein großer practischer Fehler. Zieht man doch bei Bearbeitung anderer Gesetze Sachverständige zu und mit Erfolg, warum unterläßt man dies bei einem Proceßverfahren, wo so viel auf Uebung, auf Erfahrung ankommt, wo man den Werth der verschiedenen dabei nöthigen Werkzeuge von dem Urtheile Derer doch nothwendig abhängig zu machen hat, welche dieselben täglich gebrauchen. Uns wenigstens ist der gerügte Mangel unerklärlich geblieben.

Nach diesen Vorbemerkungen gehen wir zur Darstellung der Hauptgrundsätze des Entwurfs über:

Selbstverständlich beherrscht

1) Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens

den ganzen Proceß. Eine Proceßordnung, welche dieses Schiboleth nicht an seiner Spitze trüge, würde nicht die mindeste Anwartschaft auf Annahme Seiten der Gesetzesfactoren haben. Deshalb verlieren wir kein Wort darüber, soviel sich auch zu Gunsten der Schriftlichkeit*), die, wenn wir recht unterrichtet sind, in dem practischen England anstatt des früheren mündlichen Verfahrens wieder eingeführt worden, sagen ließe. Auch im Staatsleben herrschen Moden und usus est tyrannus, dem sich auch ein Gesetzgeber fügen muß. Es scheint auch der Wille des Volkes zu sein, der sich in den verschiedenen Landesvertretungen kund giebt, und: Vox populi vox Dei.

Die Oeffentlichkeit kann ausgeschlossen werden, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit zu besorgen ist; in Ehesachen findet sie niemals statt, die mündliche Verhandlung, welche durch ein vom Gerichtsschreiber aufzunehmendes Protocoll in allgemeinen Umrissen fixirt werden soll, bildet, sofern das Gesetzbuch nicht etwas Anderes bestimmt, die aus-

*) Wir erinnern uns, daß im September 1858 ein zur Entwerfung einer neuen Civilproceßordnung in Oesterreich niedergesetztes Comité gegen die Mündlichkeit und für die Schriftlichkeit sich entschied.

schließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung. Es werden indessen vorbereitende Schriftsätze gewechselt.

Die mündliche Verhandlung kann in gewissen Fällen vertagt werden, z. B. wenn eine Partei erklärt, außer Stande zu sein, die Sache vollständig zu verhandeln, im Fall die Gegenpartei die rechtzeitige Mittheilung eines Schriftsatzes oder einer Urkunde unterlassen. Bei den Urtheilen und Beschlüssen, die auf Grund mündlicher Verhandlung zu ertheilen sind, dürfen nur Richter mitwirken, vor welchen die mündliche Verhandlung stattgefunden.

In Rechnungssachen findet vor der Hauptverhandlung ein vorbereitendes Verfahren im außerordentlichen Processe statt. §. 713. Dem Vorsitzenden sind ausgedehnte Machtbefugnisse eingeräumt worden. Er übt die Gerichtspolizei, kann zur Ordnung verweisen und Diejenigen, welche die Ruhe stören, entfernen lassen. Er eröffnet und leitet die Verhandlung, er ertheilt das Wort und kann dasselbe Demjenigen entziehen, der seinen Anordnungen keine Folge leistet. Wenn einer Partei, einem Proceßbevollmächtigten oder einem Beistande (also auch einem Advocaten) die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, so kann das Gericht denselben den weiteren Vortrag untersagen. Eine Anfechtung dieser Anordnung findet nicht statt.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten, sie haben das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen. Die Unmittelbarkeit der Verhandlung ist sorgsam gewahrt. Erachtet das Gericht die Befragung einer nicht persönlich anwesenden Partei für angemessen, so hat der Vorsitzende das Erscheinen derselben anzuordnen. Wenn eine Partei eine ihr gestellte Frage nicht oder nicht bestimmt beantwortet, so wird die Frage als auf die dem Gegner vortheilhaftere Weise beantwortet angesehen.

Weitere characteristische Merkmale der neuen Proceßordnung sind:

2) Die Verhandlungsmaxime, modificirt durch das richterliche Fragerecht.

Die Verhandlungsmaxime, wornach der Richter nur auf Antrag der Parteien seine Thätigkeit äußert und die sich durch die Rechtsparömie kennzeichnet: quod non est in actis, non est in mundo, ist zweckmäßig durch das Fragerecht des Richters beschränkt.

Der Vorsitzende ist nämlich befugt, durch geeignete Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle zu Feststellung der Sache des Streitverhältnisses nöthigen Erklärungen abgegeben werden.

Zur Aufklärung der Sache kann sogar das Gericht anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen, vorlege, und daß sie Stammbäume, Pläne, Risse ꝛc. beibringe. Augenschein und Begutachtung durch Sachverständige kann es erforderlichen Falles in jedem Stadio des Processes anordnen.

Durch diese Vorschriften wird ein Krebsübel des Sächs. Processes hoffentlich entfernt, oder wenigstens seltner gemacht, wir meinen die Abweisungen der Klage in der angebrachten Maße, die so häufig das formelle Recht vor dem wahren materiellen begünstigen und sehr oft nur als Proben einer spitzfindigen Dialektik der Urthelsverfasser anzusehen sind. Nach dem neuen Verfahren hat jeder Richter die officielle Verpflichtung, die Lücken und schwachen Stellen der Klage oder der Einrede gleich bei ihrem Anbringen aufzusuchen und durch geregelte Befragungen und Erörterungen auszufüllen. Zeigt sich bei diesem Geschäft, daß die Begründung der Angriffs- oder Vertheidigungsmittel sich nicht bewirken läßt, so wird der Betheiligte seine Klage oder Einwendung bei Zeiten lieber zurückziehen, als einer Abweisung sich aussetzen. Freilich darf das Fragerecht des Richters nicht ausarten in ein Suppeditiren von Einreden und Repliken, und läßt sich erwarten, daß in dieser Beziehung oft harte Kämpfe zwischen dem Richter und Advocaten werden bestanden werden müssen.

Die Eventualmaxime, diese wesentliche Grundform des deutschen gemeinen Civilprocesses, die in dem gleichzeitigen Vorbringen aller Angriffs- und Vertheidigungsmittel und gleichzeitiger Vornahme aller concurrenten Proceßhandlungen besteht, ist in ihrer Reinheit, wie sie z. B. im Sächs. Processe gilt, nicht beibehalten worden. Sie widerstrebt auch dem Geiste des neuen Proceßsystems und eignet sich nicht zur mündlichen Verhandlung, die Einfachheit und Klarheit verlangt und ein zu großes, gleichzeitig aufgehäuftes Material nicht sogleich würde sichten und sich zurecht legen können. Daher finden wir die Vorschrift, daß, wenn mehrere selbstständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (Klaggründe,

Einreden, Repliken ꝛc.) vorliegen, das Gericht ermächtigt ist, anzuordnen, daß die Verhandlung sich zunächst auf eins oder einzelne dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken habe. Sind mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben, so kann das Gericht die Verhandlung der verschiedenen Ansprüche in getrennten Processen anordnen.

Mit Recht geht der Entwurf

3)

davon aus, daß die Parteien die Verpflichtung haben, die Wahrheit zu sprechen. Thatsachen, so heißt es im §. 294., sind der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt vorzutragen. Natürlich wird dabei nicht verlangt, daß der Gegner sich bemühen müsse, selbst zu erforschen, ob die Behauptung der andern Partei in Wahrheit beruhe, da diese vielmehr die Verpflichtung hat, zu beweisen.

Bekanntlich war im germanischen Processe das Verneinen der vom Gegner vorgebrachten Thatsachen bis zu einem gewissen Grade gestattet, da man den Proceß mit einem Kriege verglich und gewisse Kriegslisten (strategemata) für erlaubt hielt.

Wir vermissen jedoch in dem Entwurfe eine Pönalvorschrift für das Uebertreten des Gebotes, die Wahrheit zu sagen. Die Bestimmung ist ohne eine solche Strafe eine Glocke ohne Klöppel. Zwar wird die Oeffentlichkeit der Verhandlung, das natürliche Schamgefühl manche Partei abhalten, Dinge wider besseres Wissen in Abrede zu stellen. Allein das genügt noch nicht. Man weiß, daß die Frechheit und der Eigennutz auch ihren Sitz in öffentlicher Audienz aufschlagen. In den neueren Proceßordnungen, wie z. B. in dem Sächsischen Entwurfe von Marschner vom Jahre 1864 §. 370., in der Genfer Proceßordnung Art. 751., der Berner §. 44., der Freiburger §. 75., der neuen Badischen §. 249., dem Großherzogl. Sächs. Proceßentwurfe Art. 225., der Hannov. Proceßordnung §. 43., dem Bayerischen Proceßentwurfe Art. 1166. bis 1169. ist die Verpflichtung zur Wahrheit ausdrücklich hervorgehoben und beziehungsweise das Zuwiderhandeln mit Strafe belegt, die, je nachdem die Partei oder der Rechtsanwalt sich die Contravention hat zu Schulden kommen lassen, von jener oder von dem Letzteren einzuziehen ist. Der Bayerische Entwurf hat am speciellsten und gerechtesten diese Proceßpartie geregelt.

Was

4)

die Proceßleitung — das dominium litis, wie es die Rheinischen Juristen nennen — anlangt, so ist sie halb getheilt zwischen Richter und Advocaten.

Hier steht sich der germanische und der romanische Proceß schroff gegenüber. Wir Deutschen — mit Ausnahme der Rheinländer — sind so sehr daran gewöhnt, daß der Richter das dominium litis — wenn es erlaubt ist, diesen Ausdruck zu gebrauchen, der eigentlich noch etwas Anderes andeutet — besitzt, daß uns die Willkür, wornach die Parteien und die Advocaten unter sich die Proceßleitung vornehmen, ganz ungewöhnlich erscheint und gar nicht ansprechen will.

Wir können daher nur billigen, daß dem Richter nach dem Entwurfe bei der Vertheilung der Proceßleitung jedenfalls die größere Hälfte zugetheilt worden, worüber sich natürlich die Rheinischen Juristen*), denen das französische System besser gefällt, weil sie daran gewöhnt sind, sehr beklagen.

Es ist dies eine Partei des Processes, bei welcher die Meinungen der Mitglieder der Commission gewiß sehr auseinander gegangen sind.

Im Allgemeinen, heißt es im Entwurfe, steht das Recht zur Betreibung des Processes, soweit nicht von Amtswegen das Verfahren fortgeführt wird, jeder der Parteien zu. Dagegen ist das französische Verfahren, wornach die Parteien, bevor die Sache an das Gericht gebracht wird, sich durch Vermittelung der Huissiers mit der Klage und den Einreden bekannt machen, nicht aufgenommen worden, die Klage wird vielmehr beim Gerichtsschreiber eingereicht. Das Gericht bestimmt namentlich auch die Termine und Proceßfristen (§. 201.), leitet auch das Beweisverfahren.

Aehnlich wie im Hannoverschen Entwurfe v. J. 1864 ist

5)

der Beweis geregelt. Verworfen ist mit Recht das förmliche, der Rechtskraft fähige Beweisurtheil des germanischen Processes. Ja es ist sogar bestimmt, daß das Gericht an den Beweisbescheid

*) Vergl. die norddeutsche Justizzeitung (erscheint in Rheinberg), Nr. 28. S. 219.

(Vorbescheid) nicht gebunden sein soll (§§. 339. 446.). Das Gericht ist also berechtigt, bei dem Endurtheil seine Ansicht zu ändern und eine neue Beweisauflage zu ertheilen. Wir haben uns schon in einem früheren Aufsatze über den Hannoverschen Gesetzentwurf in der in Wien erscheinenden Gerichtshalle, Jahrg. 9. Nr. 4. S. 20. unter Anführung gewichtiger Autoritäten, z. B. Leonhardt's*), des jetzigen Justizministers in Preußen, gegen dieses Princip erklärt. Es bietet der Befürchtung Raum, daß lis ex lite entsteht. Es ist dann gar kein Abschluß des Beweisstadiums aufzufinden und die Processe nehmen kein Ende, wenn sie bei der Definitive wieder von vorn beginnen dürfen. Ob übrigens die Beweisverfügung der Berufung unterliegt, oder nur mit der sogen. vorbehaltenen Berufung gegen das Endurtheil, wie im Hannov. Processe, ist aus dem Entwurfe, der die Lehre von den Rechtsmitteln noch nicht enthält, nicht klar zu ersehen.

Jede Partei hat übrigens bei der Hauptverhandlung unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.

Ein Vorbescheid (Beweisbescheid) ordnet die Beweisaufnahme über alle streitigen Thatsachen an.

Nach dem Schlusse der Hauptverhandlung kann eine Partei sich eines neuen Beweismittels nur insofern bedienen, als sie glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, das Beweismittel schon bei der Hauptverhandlung anzugeben, oder daß ein rechtzeitig angegebenes Beweismittel, an dessen Stelle das neue treten soll, ohne ihr Verschulden verloren gegangen sei. Ebenso verhält es sich mit neuen thatsächlichen Einwendungen gegen die vom Gegner vorgebrachten Beweismittel.

Uebrigens hat sich der Entwurf

6)

für freie Beweiswürdigung, welche die Regel bildet, entschieden. Es heißt in §. 429., das Gericht habe unter Berücksichtigung des gesammten Inhaltes der Verhandlungen und unter sorgfältiger Prüfung des Ergebnisses einer etwaigen Beweisauf-

*) Vergl. dessen gediegene Schrift: Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, Hannover 1865. S. 17. 49.

nahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu achten sei. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch das Gesetzbuch bezeichneten Fällen gebunden. Dergleichen gesetzliche Beweisregeln finden sich in den §§. 432. 437. 438. 535. 537. 538. 541. 543. 544. 546. 577. 592.

Mit dieser freien Beweistheorie ist dem Richter ein sehr großes Vertrauen ertheilt worden. Warum wurden in dem früheren Processe feste Beweisregeln aufgestellt? Um der richterlichen Willkür vorzubeugen. Dem subjectiven Ermessen ist jetzt Alles überlassen. Wenn man im Strafprocesse den Geschworenen diese Omnipotence vindicirt, so hat dies seinen Grund darin, weil sie vom Volke gewählte Richter sind, während die Richter in Civilsachen Staatsrichter sind und jener demokratischen Garantie entbehren. In England urtheilt die Jury nach gewissen, durch langjährigen Usus eingeführten Beweisregeln. Der dritte Juristentag erklärte sich für die freie Beweiswürdigung. Vergl. die Verhandlungen desselben in der deutschen Gerichtszeitung, Jahrgang 5. 1863. S. 187. 189. und Endemann im Archiv für civ. Praxis, Bd. 41. Nr. IV. u. XI. Es ist nicht zu verkennen, es liegt in dem aufgestellten Principe der freien Beweiswürdigung, welche dem Staatsrichter so viel in die Hände giebt, eine merkwürdige Abweichung von dem in der öffentlichen Meinung wurzelnden Bestreben, jeder Willkür der Beamten, der Büreaucratie, vorzubeugen.

Eine recht practische Bestimmung ist die wegen der Schäden. Das Gericht entscheidet sowohl über die Existenz als über die Höhe derselben unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Dem Ermessen des Gerichtes bleibt es überlassen, eine beantragte Beweisaufnahme anzuordnen, auch kann es den Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätzen lassen. In diesem Falle hat es zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.

Bekanntlich liegt in den Ländern des germanischen Processes der Schädenproceß im Argen, die gerechteste Schädenforderung ist in vielen Fällen unausführbar und scheitert an den übermäßigen, man könnte sagen unvernünftigen, in das Minutiöseste gehenden Anforderungen an den Nachweis der Existenz, des Causalzusammenhanges und der Quantificirung des Schadens.

Was nun

7)

die Stellung der Rechtsanwälte betrifft*), welche dieselben in dem künftigen Proceßverfahren einzunehmen haben, so ist in den größeren, vor den Landgerichten ressortirenden Sachen, welche das Streitobject von 100 Thlrn. übersteigen, der Anwaltszwang eingeführt.

Vor den Amts- und den Handelsgerichten aber können die Parteien den Rechtsstreit in Person oder durch Bevollmächtigte führen. So heißt es in §. 115.: vor den Landgerichten und höheren Gerichten müssen sich die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten lassen (Anwaltsprocesse).

In anderen als Anwaltsprocessen ist außer den Rechtsanwälten Jeder, der proceßfähig ist, als Bevollmächtigter, bez. Beistand, zuzulassen. Proceßfähig ist nach §. 72. Jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann. Die Proceßfähigkeit wird durch die Eigenschaft einer Ehefrau nicht aufgehoben, woraus folgt, daß nicht blos männliche Individuen, ohne alle Qualification, sondern auch großjährige Frauenspersonen, ja sogar Ehefrauen ohne ihre Ehemänner, Bevollmächtigte und Beistände im Processe sein können. Es ist kaum glaublich, daß dies wirklich die Absicht der Commission sei, allein nach dem Wortlaute und dem Sinne der betreffenden §. gelangt man zu diesem Resultate, da das weibliche Geschlecht nicht ausdrücklich ausgenommen worden ist.

Es ist zu bedauern, daß auf diese Weise die Winkeladvocatur, die bisher als etwas höchst Verderbliches von allen Seiten bekämpft worden ist, durch das Gesetz selbst sanctionirt worden ist. Wir bezweifeln, daß diese Freigebung des advocatorischen Berufs zum Heil und Segen des Recht suchenden Publicums und der Rechtsanwälte selbst ausschlagen wird. Wir müssen vielmehr bei unserer, durch die Meinung vieler Sachkenner unterstützten Ansicht stehen bleiben, daß in allen Proceßsachen ohne Ausnahme der Rechtsanwalt zugezogen werde. Die Größe des Objects, die besondere Eigenschaft der Sache kann nicht maßgebend dafür sein, ob die Betreibung derselben den Laien oder Fachmännern anvertraut werden soll.

---

*) Vergl. den Aufsatz in der norddeutschen Justizzeitung, Jahrg. 6. Nr. 28. S. 219.

Noch iſt eines anderen Uebelſtandes zu gedenken, welcher der Advocatur und der von ihr zu entwickelnden Thätigkeit ſehr ſchädlich zu werden droht.

Wie bereits berichtet worden, iſt es facultativ, keineswegs präceptiv, daß die Parteien in Sachen, die vor den Amtsgerichten und Handelsgerichten reſſortiren, ſich der Rechtsanwälte bedienen. Ja es iſt ſogar in den §§. 637. und 648. beſtimmt, daß in den genannten Proceſſen die Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte *als ſolche* nicht ſtattfinden ſolle. Nun heißt es in §. 141., daß die unterliegende Partei die ſämmtlichen Koſten des Rechtsſtreites zu tragen, und daß ſie insbeſondere die der Gegenpartei zur zweckentſprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Koſten zu erſtatten habe.

Da nun an und für ſich die Zuziehung eines Advocaten in den genannten Sachen eine willkürliche, nicht durch das Geſetz gebotene iſt, ſo wird es ſich in jedem einzelnen Falle fragen: war die Zuziehung gerade eines Rechtsanwaltes zur zweckentſprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung eine nothwendige, oder reichte die Zuziehung eines Laien hin?

Zeither wurde, wenigſtens im Sächſiſchen Proceſſe, wo mit Ausnahme der ſogen. Bagatellſachen allgemeiner Advocatenzwang herrſcht, niemals darnach gefragt, ſondern es wurde nur geprüft, ob die vom Advocaten liquidirten Koſten nothwendige geweſen.

Es liegt nun auf der Hand, daß, wenn der Richter auch die Frage in den Bereich ſeiner Prüfung und Erwägung zu ziehen hat, ob der Advocat entbehrlich geweſen, dieſe häufig bejaht werden wird. Der Client, der ſiegreich den Proceß gewonnen hat und nach dem früheren Rechte die von ihm aufgewendeten Koſten reſtituirt bekam, kann alſo häufig in die Lage kommen, trotz ſeines guten, anerkannten Rechtes ſeinem Advocaten die Koſten bezahlen zu müſſen, ohne dieſelben vom ſachfälligen Gegner erſtattet zu bekommen. Das wird ſehr wahrſcheinlicher Weiſe dahin führen, daß die Parteien ſich der Advocaten in dieſer Gattung der Rechtsangelegenheiten nicht bedienen. Und die Zahl der letzteren iſt gerade ſehr groß; in kleineren Ländern, in kleinen Städten, auf dem Lande bilden ja ſolche Sachen die Regel, deren Object die Summe von 100 Thlrn. nicht überſteigt, zu geſchweigen, daß vor die Amtsgerichte auch die ſo häufig vorkommenden Miethdifferenzen, Rechtsſtreitigkeiten aus dem Viehhandel und aus

außerehelicher Schwängerung gehören. Und wie groß ist nicht die Anzahl der Handelsgerichtssachen, bei deren Betreibung ja auch der Advocat als solcher nicht zugezogen werden soll!

Wenn nun die hier ausgesprochene Befürchtung wirklich eintritt, so wird in der That die bürgerliche Existenz einer beträchtlichen Anzahl von Rechtsanwälten, besonders derer, die nicht in großen Städten wohnen, wo sich die Landgerichte und Obergerichte befinden, gefährdet, und es haben sich daher schon Stimmen erhoben, die eine Abänderung der bezüglichen Bestimmungen, bez. eine beruhigende Erläuterung derselben dringend in Anregung bringen.

Zu Betreff der Regreßpflicht der Rechtsanwälte ist die Vorschrift noch hervorzuheben, daß, insofern nach den Bestimmungen der Proceßordnung die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, eine Versäumung, welche in der Nachlässigkeit eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen wird. Der Anwalt wird also als ganz identisch mit seiner Partei als dominus litis angesehen. Das ist eine in ihren Folgen sehr weitgehende Bestimmung, und wird zu einer Menge von Regreßansprüchen Seiten der Partei gegen ihre Rechtsanwälte führen, die für beide Theile unerquicklich sind.

8)

der sogenannte Anwaltsproceß, d. i. also der vor dem Landgerichte in größeren Sachen anzuwendende Proceß gestaltet sich etwa folgendermaßen:

Die Klage, die wie alle Schriftsätze in diesem Processe von einem Rechtsanwalte verfertigt sein muß, wird beim Gerichtsschreiber eingereicht, der sie durch den Gerichts- oder Postboten dem Beklagten zustellt. Die Klagschrift muß die Aufforderung enthalten, daß der Letztere einen Rechtsanwalt bestellt. Sonst kann gegen denselben kein Versäumungserkenntniß gesprochen werden. Ueber die Zustellung setzt der Bote eine Zustellungsurkunde auf. Der Gerichtsschreiber nimmt diese mit der Urschrift der Klage zu den Acten und giebt eine zweite Abschrift der Klage mit dem Zustellungsvermerk dem klägerischen Anwalt zurück. In drei Wochen ist der Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Die Festsetzung der Termine muß binnen 24 Stunden ge-

ſchehen. Mindeſtens eine Woche vor dem Termine hat die Klagbeantwortung zu erfolgen. Vorbereitende Schriftſätze werden, wenn Klagſchrift und Klagbeantwortung zur mündlichen Verhandlung nicht genügen, noch beigebracht.

Erſcheint in dem Audienztermine der Kläger nicht, ſo wird der Gegner auf ſeinen Antrag von der Inſtanz entbunden. Dies wirkt wie Zurücknahme der Klage.

Erſcheint der Verklagte nicht oder nicht vorſchriftsmäßig vertreten, ſo wird ein Verſäumnißurtheil erlaſſen oder eine nähere Nachweiſung angeordnet. Geſchieht das Letztere, ſo hat das Gericht den Kläger zu veranlaſſen, in einem neuen Termine das Nöthige nachzubringen. Der Beklagte kann jedoch, wenn er erſcheint, verlangen, daß die Sache ohne Rückſicht auf die frühere Verſäumniß verhandelt werde.

Erſcheinen Beide nicht, ſo ruht das Verfahren 6 Monate. Dann gilt die Klage als zurückgenommen. Gegen das Verſäumnißurtheil ſteht der Partei innerhalb 2 Wochen der Einſpruch zu.

Erſcheinen beide Parteien, ſo eröffnet der Richter die Verhandlung und leitet dieſelbe. Sie geht ebenſo, wie die Verkündigung der Urtheile und Beſchlüſſe, öffentlich und mündlich vor ſich. Die gegenſeitigen Erklärungen erfolgen in freier Rede, wobei der Richter zu ſeiner Inſtruction und zur Aufklärung der Sache das Fragerecht anwendet. Nach Beendigung der Hauptverhandlung ſoll in der Regel ſofort das Urtheil geſprochen werden. Wird der Spruch ausgeſetzt, ſo iſt zur Verkündigung deſſelben ſofort ein anderer Termin feſtzuſetzen. Dieſes iſt entweder Endurtheil, oder Zwiſchenurtheil, wenn es ein Angriffs-, reſp. Vertheidigungsmittel oder eine ſonſtige proceſſualiſche Zwiſchenſtreitigkeit betrifft, oder ein Vorbeſcheid (wozu der Beweisbeſcheid, Beweisinterlocut gehört) iſt. Dieſer Beweisbeſcheid enthält die Beweisſätze über alle ſtreitigen Thatſachen, die Bezeichnung der Beweismittel, des Beweisführers, die Eidesnorm mit den Entſcheidungsgründen. Der Termin zur Beweisaufnahme wird vom Richter beſtimmt, ſie erfolgt in der Regel unmittelbar von dem Richter.

Der Proceßgang bei den Handelsgerichten und Amtsgerichten iſt ein ähnlicher, noch etwas kürzerer. Die Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte als ſolche findet nicht ſtatt.

Noch bemerken wir

9)

daß von der Mitwirkung der Staatsanwaltſchaft bei dem Proceſſe in Abänderung des Hannoverſchen Entwurfs, wie uns dünkt, mit Recht abgeſehen worden iſt, da die Controle des Richters jedenfalls genügt. Dem Gericht iſt übrigens geſtattet, in jedem Stadio des Proceſſes die Pflegung der Güte vorzunehmen; mit Recht iſt aber von einem außergerichtlichen, dem wirklichen Proceſſe vorangehenden Sühneverfahren abgeſehen worden.

Schließlich bemerken wir noch, daß ein Antrag des Grafen zur Lippe (vormaligen Preußiſchen Juſtizminiſters) im Preußiſchen Herrenhauſe, der darauf gerichtet war, die oberſten Gerichte des Landes, insbeſondere das Obertribunal und das Oberappellationsgericht zu Berlin, aufzufordern, ſich über den Entwurf gutachtlich zu äußern, noch bevor er dem Bundesrathe oder dem Reichsrathe vorgelegt werde, gegen eine ganz geringe Majorität abgelehnt worden iſt.

Neuerdings hat ſich die Meinung feſtgeſtellt, daß der Entwurf einer Ueberarbeitung werde unterworfen werden. Preußiſche Juriſten finden die Hauptmängel deſſelben in der doctrinären Faſſung, in einer Anzahl unklarer, unverſtändlicher Vorſchriften und in einer, jede Fortbildung des Proceßrechts hindernden Caſuiſtik.

Präjudizien.

1.

Der Cessionar ist, wenn das Object der Abtretung in einer dem Cedenten rechtskräftig zuerkannten Forderung besteht, ohne Weiteres berechtigt, Fortstellung des vom Cedenten bereits eingeleiteten Executionsverfahrens zu verlangen. — Das Interventionsrecht des älteren Hypothekariers (zu §. 436. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Das Königl. Oberappellationsgericht hat der von dem Impetranten eingewendeten Berufung Beachtung nicht versagen können. Zunächst vermag man in der jetzigen Instanz schon der Bl. — aufgestellten Ansicht, daß der Cessionar, wenn das Object der Abtretung in einer dem abtretenden Gläubiger rechtskräftig zuerkannten Forderung bestehe, auf Grund der von dem Cedenten für sich erlangten Verurtheilung weder Einleitung des Hülfsverfahrens, noch Fortstellung der auf Antrag seines Cedenten bereits eingeleiteten Execution zu verlangen berechtigt, vielmehr wegen Verwirklichung des ihm abgetretenen, wenn auch bereits durch eine rechtskräftige Verurtheilung geschützten Rechtes auf den geeigneten, mit der actio judicati zu verfolgenden Rechtsweg zu verweisen sei, nicht beizutreten. Auch von den Lehrern des gemeinen Processes, z. B. von

Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses, 2te Ausg. §. 47. bei Note 117 a. S. 542 f. und §. 48. S. 547.

wird die Annahme eines principiellen Unterschiedes, welcher zwischen der dem älteren Rechte angehörigen actio judicati und dem im neueren Rechte an deren Stelle getretenen Antrage auf Einleitung der Execution obwalten soll, entschieden in Abrede gestellt und darauf hingewiesen, daß beide Rechtsmittel nur als äußerlich und in ihrer

formellen Behandlung verschieden, im Wesen der Sache aber als eines und dasselbe aufzufassen seien. In dem Sächsischen Rechte ist überdies die sogenannte Judicatsklage nach der Ansicht des Königl. Oberappellationsgerichts

vergl. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 16. S. 189.

durch das in dem Gesetze vom 28. Februar 1838 geregelte Verfahren dergestalt verdrängt, daß dieselbe jede practische Bedeutung verloren hat, und, wenigstens soweit sie auf eine, von einem inländischen Richter gesprochene, der Execution fähige Sentenz gestützt werden soll, als ein selbstständiges Rechtsmittel überhaupt nicht mehr in Frage kommen kann.

Aber auch abgesehen hiervon, stehen der Ansicht der vorigen Instanz noch weitere Bedenken entgegen. Ist es nämlich auch an sich richtig, daß jedes weitere, auf die Rechtskraft einer verurtheilenden Sentenz gegründete Verfahren auf der doppelten Voraussetzung der vorausgegangenen Auflage, etwas zu leisten, einer- und eines dieser Auflage gegenüber bewiesenen Ungehorsams der verurtheilten Partei andererseits beruht, so folgt doch dieser Ungehorsam nicht etwa erst aus der Nichtbefolgung der in dem Hülfsverfahren erlassenen Leistungsbefehle und aus dem Ablaufe der dabei dem Schuldner gesetzten Fristen, sondern er tritt ohne Weiteres schon dann ein, wenn der Beklagte der in dem Richterspruche enthaltenen Verurtheilung nicht sofort nachkommt. Auch diese Voraussetzungen sind somit beiden vorgedachten Rechtsmitteln gemeinsam. Auch die actio judicati setzt, soll sie von dem Cessionar angestellt werden, die Uebertragbarkeit und die wirklich erfolgte Uebertragung der aus dem Ungehorsam des verurtheilten Schuldners dem Cedenten entstandenen, zunächst dem Vermögen dieses Letzteren zustehenden Forderungsrechte voraus. Die Bedenken, welche von der vorigen Instanz Bl. — einer auf den Antrag eines Cessionars zu bewirkenden Einleitung oder Fortsetzung des Executionsverfahrens entgegengehalten worden sind, würden daher, wären sie an sich begründet, folgerichtig mit ganz gleichem Rechte auch einer von dem Cessionar anzustellenden Judicatsklage entgegengestellt werden können. Nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz mangelt es jedoch an einer solchen Begründung gänzlich. In dem Hinblicke auf die Bestimmung in §. 966. des bürgerl. Gesetzbuchs würde von einem der Uebertragung jener Rechte und Befugnisse entgegenstehenden rechtlichen Hindernisse nur dann die Rede sein können, wenn entweder die Geltendmachung derselben eine nicht übertragbare Eigenschaft des Cedenten voraussetzte, oder der Inhalt der Forderung durch die Leistung an einen Andern als den ursprünglichen Gläubiger seinem Wesen nach eine Veränderung erleiden müßte. Weder das Eine noch das Andere ist im Zweifel bei der Uebertragung der aus der Einleitung des Executionsverfahrens erlangten Rechte der Fall. Dagegen kann darin, daß die Leistung für ein anderes Vermö-

gen, als das in dem richterlichen Befehle bezeichnete, verlangt wird, ein die Uebertragbarkeit des bezüglichen Vermögensrechtes ausschließendes Moment nach dem bestehenden Rechte nicht gefunden werden. Da vielmehr das bürgerl. Gesetzbuch das gemeinrechtliche, von dem Sächsischen Gerichtsbrauche jedoch schon längst für antiquirt erachtete Verbot der Cession litigiöser Forderungen nicht kennt, so kann auch eine in Streit begriffene Forderung Gegenstand einer Abtretung sein, und es beruht, wie

Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 28. S. 302.

hierzu bemerkt, außer Zweifel, daß der Cessionar die Forderung so, wie sie sich in Verfolg des Rechtsstreites processualisch gestaltet hat, also mit allen für dieselbe eingetretenen Präjudizien erwirbt.

Schon hiernach durfte dem eingewendeten Rechtsmittel Beachtung nicht versagt werden. Anlangend dagegen die aus der Vorschrift in §. 436. des bürgerl. Gesetzbuchs abgeleiteten Bedenken, mag annoch Folgendes bemerkt werden.

Wie in der durch die Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts (N. F. Bd. III. S. 171 f.) zur öffentlichen Kenntniß gebrachten Erläuterung der hier einschlagenden Gesetzesvorschriften ausgesprochen worden ist, handelt es sich bei dem in §. 436. des bürgerl. Gesetzbuchs gedachten Eintretungsbefugnisse um ein dem älteren Hypothekarier in Kraft seines besseren Rechtes eingeräumtes Interventionsrecht. Dasselbe stützt sich auf die Existenz eines dem Intervenienten zustehenden, dem Rechte Desjenigen, welcher die Sequestration ausgebracht hat, der Zeit nach vorausgehenden hypothekarischen Rechtes, und soll dem prioritätischen Gläubiger in Gemäßheit der Vorschriften in §. 410 f. desselben Gesetzbuchs in Betreff des Umfanges der Hypotheken nach dem Gegenstande der Verpfändung für den Fall der Sequestration im Wesentlichen das gleiche Recht an den Früchten des hypothecirten Grundstückes gewähren, welches ihm im Falle einer Subhastation §. 434. an dem aus der Versteigerung des Grundstückes gewonnenen Erlöse zuspricht. Schon hiernach bedarf es daher zu dessen Begründung nur des Nachweises eines solchen besseren Rechtes. Augenscheinlich würde auch, wie von dem Appellanten Bl. — mit Recht bemerkt worden ist, das dem älteren Hypothekarier in der angezogenen Gesetzesvorschrift eingeräumte Recht, wollte man dasselbe in der Bl. — gedachten Art und Weise beschränken, in den meisten Fällen den jener positiven Vorschrift zu Grunde liegenden Zweck gänzlich verfehlen und deshalb der Regel nach illusorisch werden. Auch würde es, hätte der Gesetzgeber weiter nichts aussprechen wollen, als daß, wenn von zwei hypothekarischen Gläubigern gleichzeitig die Sequestration ausgebracht und erlangt worden wäre, das Recht des älteren Hypothekariers dem des späteren Gläubigers prävalire, in Hinblick auf die fast unmittel-

bar vorausgehende Bestimmung in §. 434. des bürgerl. Gesetzbuchs kaum einer besonderen gesetzlichen Vorschrift bedurft haben, und keinesfalls würde dieselbe so, wie in §. 436. des bürgerl. Gesetzbuchs geschehen, haben gefaßt werden können.

Dabei kann allerdings die Frage entstehen, was zu geschehen habe, wenn, nachdem der ältere Gläubiger von dem ihm in §. 436. des bürgerl. Gesetzbuchs eingeräumten Rechte Gebrauch gemacht, der jüngere Gläubiger, welcher die Sequestration zunächst für sich ausgebracht hat, auf sein diesfallsiges Recht verzichtet? Einer Beantwortung dieser Frage bedarf es jedoch in dem vorliegenden Falle um deswillen nicht, weil, wie gezeigt, das Recht des Impetranten ebenfalls bereits zur Execution reif ist.

Unter diesen Umständen kann weiter auch die Beantwortung der von dem Appellanten Bl. — angeregten Frage, ob und inwiefern nach Lage der Sache dem Impetraten ein Widerspruchsrecht gegen den von dem Impetranten gestellten Antrag zugestanden habe, dahingestellt bleiben. Vielmehr wird auf Grund der oben gedachten Erwägungen an das Gerichtsamt im Bezirksgerichte Leipzig andurch verordnet, die angelegte Sequestration in Betreff des dem Impetranten verpfändeten Grundstückes dem Bl. — gestellten Antrage und der Bl. — gefaßten Entschließung gemäß von dem 9. Juli 1869, als dem Tage des gestellten Antrags an, als für Rechnung des Impetranten geführt anzusehen und beziehentlich fortzustellen."

(Verordnung des O.-A.-Ger. in Sachen des Dr. Wenck ÷ den Leipziger Vorschußverein, vom 20. Nov. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Leipzig.)

2.

Sind Appellationen gegen die Adjudication eines zwangsweise versteigerten Grundstückes überhaupt für unstatthaft zu achten? (Zur Erl. Proceßordnung ad Tit. XLI. §. 1.)

„Die beiden vorigen Instanzen haben die Einwendung einer Appellation gegen die Adjudication eines zwangsweise versteigerten Grundstückes überhaupt für unstatthaft erachtet. Dieser Ansicht vermag aber das Königl. Oberappellationsgericht nicht beizupflichten. Die Regel ist nach §. 30. des Gesetzes B. vom 28. Januar 1835, daß auch gegen das gerichtliche Verfahren das ordentliche Rechtsmittel der Appellation zulässig ist, und es tritt dabei der in §. 30. des angezogenen und in §. 10. des Erläuterungsgesetzes vom 13. Januar 1838 geordnete Instanzenzug ein. Die Bestimmung in der Erl. Proceßordnung ad Tit. XLI. §. 1., auf welche man in voriger Instanz Bezug genommen hat, betrifft nur solche Berufungen, welche gegen die in Folge der Eröffnung des formellen Concurses nach älterem Rechte von amtshalber vorzunehmende Subhastation und

Adjudication der zur Masse gehörigen Immobilien ergriffen werden, und auch diesen wird in der angezogenen Stelle der Erl. Proceßordnung nur die suspensive Wirkung abgesprochen. Es ist daher nicht zutreffend, wenn in §. 40. der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 ganz im Allgemeinen gesagt wird, daß nach der oben citirten Stelle der Erl. Proceßordnung Appellationen gegen die Adjudication eines nothwendigerweise versteigerten Grundstückes unzulässig seien. Es ist auch dieser §. der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 in die Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865 §. 221. in dieser Fassung nicht mit aufgenommen worden. Daß die Appellation gegen die Zwangsversteigerung und die in deren Folge zu bewirkende Adjudication außerhalb des Concurses selbst dann nicht formell unzulässig sei, wenn sie von dem Schuldner selbst in der Executionsinstanz eingewendet wird, geht aus den Vorschriften in §. 27. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 deutlich hervor. Aber selbst im Concurse würde die Bestimmung der Erl. Proceßordnung ad Tit. XLI. §. 1. nicht auf die Berufungen anzuwenden sein, welche nicht der Gemeinschuldner, sondern ein Dritter zur Wahrung der ihm zustehenden Rechte eingewendet hat, und insbesondere dann nicht, wenn das Rechtsmittel nicht sowohl gegen die Zulässigkeit der Zwangsversteigerung selbst gerichtet ist, sondern das zum Nachtheil des Appellanten dabei beobachtete Verfahren, oder die Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen der Zwangsversteigerung betrifft. Noch weniger also kann bei einer außerhalb des Concurses im Wege des executivischen Verfahrens stattfindenden Zwangsversteigerung, bei welcher die Rücksicht auf das Interesse der Gläubiger nicht in der gleichen Maße eintritt, und gegen die selbst dem sachfälligen Beklagten nach §. 27. des Executionsgesetzes eine Berufung zusteht, die von einem Dritten eingewendete Berufung als formell unstatthaft betrachtet werden. Die besonderen Beschränkungen aber, denen nach §. 30. des Gesetzes B. vom 28. Januar 1835 und §. 10. a. E. des Erl. Gesetzes vom 13. Januar 1838 in Verbindung mit §§. 32. 33. des Executionsgesetzes die formelle Zulässigkeit der von dem Beklagten in der Executionsinstanz eingewendeten Berufungen unterliegt, treten nach §. 16. der Ausführungsverordnung vom 28. März 1835 nicht ein bei Appellationen, welche Dritte z. B. die hypothekarischen Gläubiger des zur Zwangsversteigerung gelangten Grundstücks einwenden.

Die in dem vorliegenden Falle nach Bl. — von der verehel. L. als Hypothekengläubigerin ergriffene Berufung ist zwar insofern, als dieselbe gegen den bereits erfolgten Zuschlag geht, nicht correct gefaßt, betrifft aber der Sache nach die gegen die Rechtsgültigkeit der vorgewesenen Zwangsversteigerung von der Appellantin erhobenen Ausstellungen und bezweckt eine anderweite Subhastation. Da die Hypothekengläubiger ein wesentliches Interesse an dem Ausgange der Zwangsversteigerung eines ihnen verpfändeten Grundstücks haben,

so konnte diese Berufung nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen nicht für unstatthaft erachtet werden" ꝛc.

(Verordnung des O.-A.-Ger. auf die Appellation der verehel. Langguth in Sachen Steudte's ÷ Langguth, vom 4. Dec. 1869. — Hand.-Ger. im Bez.-Ger. Chemnitz.)

3.

Die Handlungs- und Wechselfähigkeit eines Ausländers, welcher, obwohl im Auslande gerichtlich für einen Verschwender erklärt, in Sachsen Wechselverbindlichkeiten übernommen hat, ist nach Sächsischen Gesetzen zu beurtheilen (zu §§. 7. 8. bez. 16. des bürgerl. Gesetzbuchs und Art. 84. der allgem. deutschen Wechselordnung).

„Der der Bl. — erhobenen Klage zu Grunde liegende Wechsel ist nach der Bl. — zu lesenden Abschrift in Dresden ausgestellt, auch in Dresden zahlbar gestellt. Desgleichen waltet darüber, daß der Impetrant gegenwärtig seinen Wohnsitz im Königreiche Sachsen hat, kein Streit ob. Dagegen enthält die auf dem Wechsel befindliche Acceptationserklärung zwar eine Angabe darüber, daß sie im Inlande vollzogen worden sei, nicht. Schon nach dem Vorbemerkten, sowie nach der Schlußbestimmung in Art. 4. der Deutschen Wechselordnung ist aber bis zu dem Beweise des Gegentheils davon auszugehen, daß es sich auch bei dieser, den Grund der erhobenen Klage bildenden Acceptationserklärung um eine Verpflichtung handelt, welche, mag sie auch, was zur Zeit nicht einmal völlig liquid vorliegt, von einem Ausländer ausgegangen sein, auf einer von demselben im Inlande vorgenommenen Handlung beruht.

Bereits hieraus folgt, daß auf die dermalen in Streit befangene Frage nicht die Bestimmung in §. 7., sondern lediglich die in §. 8. des bürgerl. Gesetzbuchs Anwendung zu leiden hat, und daß daher nicht das Bl. — angezogene, in dem Commentar zum bürgerl. Gesetzbuche (1ste Ausg.), Bd. I. bei §. 7. in Note 5. S. 37., sondern das ebendaselbst in dem Schlußsatze der Bemerkungen zu §. 8. S. 41. (2te Ausg. S. 46) aufgeführte, genau den hier vorliegenden Fall treffende Beispiel als maßgebend angesehen werden muß.

Wenn dagegen die vorige Instanz Bl. — die Ansicht aufstellt, daß die rechtliche Beurtheilung der Sache auch vom Standpunkte des §. 8. des bürgerl. Gesetzbuchs die nämliche bleiben müsse, da gerichtlich erklärte Verschwender auch nach hierländischen Gesetzen handlungsunfähig seien, so kann Man zwar das Letztere an sich nicht bestreiten, nach der Ansicht des Königl. Oberappellationsgerichts vermag dies jedoch die daraus gezogene Folgerung nicht zu rechtfertigen. Man geht dabei von folgenden Erwägungen aus.

Die Bevormundung eines Verschwenders ist nicht, wie in Betreff der Bevormundung Minderjähriger oder Wahn- oder Blödsinni-

ger anzunehmen ist, blos declarativer Natur, so daß damit nur die schon an sich vorhandene Willens- und Dispositionsunfähigkeit constatirt wird, vielmehr entzieht erst die betreffende richterliche Erklärung dem zu bevormundenden Verschwender die ihm ohne eine solche voraussetzlich beiwohnende Handlungsfähigkeit. Die letztere kann daher gegen Dritte immer erst durch einen positiven Act, und zwar der Regel nach durch ihre in der üblichen oder gesetzmäßigen Form bewirkte Veröffentlichung Kraft und Geltung erlangen.

Zu vergl. das bei Borchardt, die allgem. deutsche Wechselordnung, Zusatz 14. S. 9. mitgetheilte Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

Hiervon geht namentlich auch das Sächsische Recht aus, indem es in §§. 10 f. Cap. XXIV. der allgem. Vormundschaftsordnung vom 10. Oct. 1782 die speciellen Bedingungen vorschreibt, unter denen eine Prodigalitätserklärung im Königreiche Sachsen Wirkung gegen Dritte haben solle. Hieran ist weder durch die Bestimmungen in §§. 1987 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs, noch durch die in §. 76. der Verordnung, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betr., vom 9. Jan. 1865 etwas geändert worden.

Vergl. Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch (1ste Ausg.), Bd. III. S. 190. Anm. zu §. 1987.

Ist nun, wie gezeigt, nach §. 8. des bürgerl. Gesetzbuchs die Handlungsfähigkeit eines Ausländers, wenn Verpflichtungen desselben aus einer im Inlande vorgenommenen Handlung in Frage sind, nach den Gesetzen des Inlandes zu beurtheilen, so muß dies, wo die Handlungen einer Person wegen angelegter cura prodigi angefochten werden sollen, sich folgerichtig in die Frage auflösen, ob die betreffende Person unter den in Sachsen gesetzlich vorgeschriebenen Formen, also namentlich hier in Sachsen, und von einem Sächsischen Richter öffentlich für einen Verschwender erklärt worden sei? Denn die Beschränkung der Handlungsfähigkeit, welche durch die Anlegung einer cura prodigi bedingt wird, ist kein solcher persönlicher status, welchen der prodigus nothwendig in das Ausland mitnehmen müßte, sondern dieselbe ist eine nach vorgängiger causae cognitio beschlossene, in der jedesmaligen Landesgesetzgebung fundirte Maßregel, die, wie sie in ihrer Form nur für den Verkehr im Inlande berechnet ist, auch nur für das letztere Wirkung äußern kann.

Vergl. Siebenhaar im Archiv für Handels- nnd Wechselrecht, Bd. XVI. S. 142 f.

Ebensowenig, wie auf die Vorschrift in §. 7., kann hiernächst aber auch auf die Bestimmung in §. 16. des gedachten Gesetzbuchs Gewicht gelegt werden. Dieselbe würde nur dann einschlagen, wenn die im Auslande angeordnete Vormundschaft überhaupt zu berücksichtigen wäre, und es sich solchenfalls um die Beantwortung von Fragen, wie die folgenden: ob dieselbe als rite angelegt, beziehentlich als gesetzmäßig publicirt anzusehen sei, beziehentlich um eine Beurtheilung

der Wirkungen der im Auslande verfügten Bevormundung überhaupt handelte. Diese Fragen liegen aber da, wo eine im Inlande vorgenommene Handlung in Streit befangen ist, nach §. 8. des bürgerl. Gesetzbuchs eben nicht vor. Daß hiernächst der Geltung dieser gesetzlichen Vorschrift die Bestimmung in Art. 3. der Verfassung des norddeutschen Bundes nicht entgegensteht, ist von dem Appellanten Bl. — richtig gezeigt worden. Es mag jedoch in dieser Hinsicht noch darauf verwiesen werden, daß, wenn in der gedachten Gesetzesvorschrift für den ganzen Umfang des Bundesgebietes ein gemeinsames Indigenat begründet ist, hierbei, wie schon die beigefügten Beispiele an die Hand geben, nur an eine Aufhebung der politischen, das öffentliche Recht angehenden Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, welche den Unterthanen eines norddeutschen Bundesstaates in einem anderen solchen Staate entgegenstehen könnten, gedacht worden ist. Was die eivilrechtlichen Consequenzen dieser Bestimmung anlangt, so kann daraus etwas Weiteres, als daß der Unterthan eines Bundesstaates in dem anderen den vollen Anspruch auf die Wohlthat aller in dem letzteren für die Inländer geltenden Gesetze habe, nicht gefolgert werden. Wo daher in einem Bundesstaate die Gesetze den Ausländer in eivilrechtlicher Beziehung weniger vortheilhaft stellen, als den Inländer, haben für die Unterthanen eines anderen norddeutschen Bundesstaates allerdings nicht die für den Ersteren, sondern die für den Letzteren bestehenden Grundsätze zu gelten. Wo dies dagegen nicht der Fall ist, erscheint die angezogene Bestimmung ohne Einfluß. Namentlich enthält dieselbe in Betreff der im Falle einer Collision in- und ausländischer Gesetze geltenden Normen keine Vorschriften, und eben so wenig kann aus selbiger für das Befugniß eines bundesstaatlichen Ausländers, in einem anderen Bundesstaate nach den in seiner Heimath geltenden Gesetzen beurtheilt zu werden, etwas abgeleitet werden; derselbe hat vielmehr auch insoweit nur das Recht, zu verlangen, daß er nach den diesfalls in dem anderen Bundesstaate bestehenden Gesetzen auch insoweit beurtheilt werde, als die letzteren eine Wirksamkeit ausländischer Gesetze überhaupt anerkennen. Dies ist im Königreiche Sachsen nach den Vorschriften in §§. 7. und 8. des bürgerl. Gesetzbuchs in Beurtheilung der Handlungsfähigkeit eines Ausländers nur dann und insoweit der Fall, als es sich um die Beurtheilung einer im Auslande eingegangenen Verbindlichkeit handelt, nicht aber in Bezug auf Verpflichtungen derselben, welche aus einer im Inlande vorgenommenen Handlung herrühren. In der That würde der einem norddeutschen Bundesstaate angehörige Ausländer, wollte Man denselben von dieser Gesetzesvorschrift ausnehmen, bei Rechtsgeschäften, die er nicht in seiner eigentlichen Heimath, sondern in einem anderen Bundesstaate abgeschlossen hat, eben nicht dem Inländer gleichgestellt, namentlich nicht allenthalben nach den im Inlande geltenden Gesetzen beurtheilt, sondern es würde ihm das Befugniß eingeräumt werden, je nachdem er es in seinem Interesse erachten sollte, bald die

Gesetze seiner Heimath, bald die an dem Orte der Vornahme der betreffenden Handlung geltenden Gesetze für sich in Anspruch zu nehmen. Daß dem Art. 3. der Bundesverfassung vom 26. Juli 1867 diese Tendenz nicht zum Grunde liegt, bedarf keiner besonderen Darlegung, und folgt auch schon daraus, daß nach §. 46. des Bundesgesetzes, die Gewährung der Rechtshülfe betr., vom 21. Juni 1869 (Bundesgesetzblatt, Jahrg. 1869. S. 315) neben der norddeutschen Bundesverfassung auch die zwischen einzelnen norddeutschen Bundesstaaten in Betreff der Collision der Gesetze eingegangenen Staatsverträge in Kraft verblieben, ja nach der Verordnung, die Bekanntmachung einer mit der Königl. Preuß. Regierung getroffenen Vereinbarung vom 8. Dec. 1868 (Königl. Sächs. Gesetz- u. Verordnungsblatt, Jahrg. 1868. Bd. II. S. 1362 ff.) zum Theil noch weiter ausgedehnt worden sind.

Handelte es sich daher hier um eine, den gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätzen zu unterstellende Schuldverbindlichkeit, so würde, daß dem Rechtsmittel Klägers Beachtung geschenkt werden müsse, nach der Ansicht der jetzigen Instanz nicht bezweifelt werden können.

Dem ist jedoch nicht so, vielmehr haben auf den den Klaggrund bildenden Wechselaccept zunächst die wechselrechtlichen Principien Anwendung zu leiden. Nun ist es zwar zunächst wieder richtig, daß die Bestimmung in Art. 84. der allgem. deutschen Wechselordnung dem Sinne, wie im Wesentlichen auch dem Wortlaute nach mit der Vorschrift in §. 8. des bürgerl. Gesetzbuchs übereinstimmt. Wenn jedoch §. 2. des Sächs. Ausführungsgesetzes zu dem zuerst gedachten Gesetze vom 25. April 1849 vorschreibt, daß, wo in der Wechselordnung vom Auslande die Rede sei, darunter nur solche Länder und Orte zu verstehen seien, wo die Wechselordnung nicht als Gesetz eingeführt sei, so muß allerdings die weitere Frage entstehen, welcher Einfluß dieser Vorschrift sowie dem neuerlich dazugetretenen Umstande beizumessen sei, daß die gedachte Wechselordnung dermalen als Gesetz für das gesammte norddeutsche Bundesgebiet anderweit publicirt worden ist. Denn auf den ersten Anblick wenigstens scheint schon der zuletzt gedachte Umstand die Schlußfolgerung zu rechtfertigen, daß, wo das allgemeine Bundesgesetz zwischen einem In- und einem Ausländer unterscheidet, unter dem Ersteren das gesammte Gebiet des norddeutschen Bundes im Gegensatze zu denjenigen Ländern, welche nicht unter der mehrgedachten Bundesverfassung begriffen sind, zu verstehen sei.

Einerseits erscheint es nun aber schon im Allgemeinen bedenklich, aus dem Umstande der erneuerten Publication eines bereits vorher in demselben Geltungsbereiche gültigen Gesetzes ohne eine sonstige hierauf bezügliche Andeutung folgern zu wollen, daß einzelnen, ohne alle und jede Veränderung wieder mit aufgenommenen Bestimmungen dadurch allein eine veränderte Tragweite und ein wesentlich anderer Sinn, als denselben vorher beigewohnt, habe untergelegt werden

ſollen. Die zu Ausführung der Wechſelordnung als eines Bundesgeſetzes getroffenen Beſtimmungen geben darüber, daß eine bezügliche Aenderung des Sinnes der darin enthaltenen Vorſchriften beabſichtigt worden ſei, keinen Anhalt. Andererſeits würde aber auch, wäre dem nicht ſo, in der ſpeciell hier in Frage befangenen Hinſicht nicht zu einem den Intentionen des Appellanten entgegenſtehenden Reſultate zu gelangen ſein.

Die Wechſelordnung beſtimmt in Art. 1., daß wechſelfähig Jeder ſein ſoll, welcher ſich durch Verträge verpflichten könne. Daneben ſtellt dieſelbe allgemeine Grundſätze darüber, welche Perſonen ſich durch Verträge verpflichten können, nicht auf. Die Beantwortung dieſer Frage überläßt dieſelbe vielmehr lediglich dem Civilrechte, und zwar, ſoweit in dieſer Hinſicht eine Uebereinſtimmung in den Geſetzgebungen einzelner Länder, welche das Geltungsbereich der Wechſelordnung bilden, nicht beſteht, oder in dieſer Hinſicht durch beſondere Conventionen gegenſeitige Normativbeſtimmungen nicht vereinbart worden ſind, denjenigen Grundſätzen, welche in dieſer Hinſicht in jedem einzelnen der hierbei in Frage kommenden Länder zu gelten haben. Inſoweit, als es ſich um die Beurtheilung der allgemeinen Vertragsfähigkeit einer bei einem Wechſel in Frage kommenden Perſon handelt, verweiſt ſomit das Geſetz ſelbſt auf die in den einzelnen Ländern, für welche das an ſich gemeinſame Geſetz zu gelten hat, möglicher Weiſe weſentlich unterſchiedenen civilrechtlichen Principien, und erkennt daher einen ſolchenfalls eintretenden Unterſchied der Rechte je nach dem für die Beurtheilung der bezüglichen Wechſelerklärungen maßgebenden Orte ſelbſt an. Inſoweit wird und muß daher ein Unterſchied zwiſchen dem In- und Auslande innerhalb des norddeutſchen Bundesgebietes nothwendigerweiſe auch noch gegenwärtig fortbeſtehen. In der That würde aber auch, wollte man, was die Beurtheilung der Wechſelfähigkeit anlangt, den Unterſchied, welcher zwiſchen dem In- und Auslande in Bezug auf Angehörige verſchiedener norddeutſcher Bundesſtaaten beſteht, für gänzlich aufgehoben anſehen, an der Hand der dermalen geltenden Geſetze zu einer feſten Norm überhaupt nicht zu gelangen ſein, und daraus namentlich, daß z. B. die Wechſelfähigkeit eines Hamburgers oder eines Preußen auch dann, wenn er in Sachſen eine Wechſelverbindlichkeit eingegangen, nach Hamburgiſchem oder Preußiſchem Rechte zu beurtheilen ſei, nicht gefolgert werden können. Denn Art. 84. der Wechſelordnung ſpricht eben lediglich und ausſchließlich von der Wechſelfähigkeit *eines Ausländers*, und enthält über die Wechſelfähigkeit der Inländer keine Beſtimmungen. Der angezogene Artikel würde daher auf die Beurtheilung der Wechſelfähigkeit der als Inländer zu beurtheilenden Angehörigen norddeutſcher Bundesländer *überhaupt nicht* Anwendung zu leiden haben. Selbſt mit einem argumentum a contrario iſt nicht zu einer dem entgegenſtehenden Auffaſſung zu gelangen. Denn, wenn nach dem erſten Abſchnitte von Art. 84. der Wechſelord-

nung die Fähigkeit eines Ausländers, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden soll, welchem derselbe angehört, so würde daraus, wenn der Hamburger oder Preuße nicht als Ausländer zu betrachten sein sollte, nur soviel folgen, daß dieselben, abgesehen von der Vorschrift in §. 7. des bürg. Gesetzbuchs, ein ihnen in Kraft der bestehenden Wechselgesetzgebung zustehendes beneficium, in Sachsen nach den Gesetzen ihrer Heimath beurtheilt zu werden, selbst dann nicht in Anspruch nehmen könnten, wenn die Wechselverbindlichkeit in ihrer Heimath eingegangen wäre. Dagegen enthält der zweite Absatz des Art. 84. nur die bestimmte Anerkennung des Princips, daß die Wechselfähigkeit der Betheiligten bei der im Inlande erfolgten Uebernahme einer wechselrechtlichen Verbindlichkeit nach den am Orte dieser Uebernahme geltenden Principien beurtheilt werden solle, gleichviel, ob die Betheiligten Inländer oder Ausländer sind. Hieraus folgt aber, daß die Wechselfähigkeit des Hamburgers oder Preußen, welcher sich in Sachsen wechselmäßig verpflichtet hat, auch wenn er an sich als Inländer anzusehen sein sollte, lediglich nach Sächsischem Rechte beurtheilt werden soll.

Aus diesen Erwägungen hat sich auch die Praxis im Königreiche Sachsen von jeher für die Ansicht entschieden, daß die Vorschrift in §. 2. des Ausführungsgesetzes vom 25. April 1849 auf die Beurtheilung der Wechselfähigkeit und somit auf den Fall des Art. 84. der Wechselordnung keine Anwendung zu leiden habe.

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, N. F. Bd. 19. S. 56 f.

Borchardt, die allgem. deutsche Wechselordnung, 4te Ausg. Note 457. S. 387.

Siebenhaar, Commentar zum bürgerl. Gesetzbuche, Anmerk. zu §. 8. S. 39 f. der 1sten Ausg.

Schon hieraus folgt, daß auch in Bezug auf die Beurtheilung der Wechselfähigkeit eines Ausländers, welcher im Inlande eine wechselmäßige Verbindlichkeit eingegangen hat, die allgemeinen in Sachsen wegen der Beurtheilung der Handlungsfähigkeit eines Ausländers in Betreff der im Inlande vorgenommenen, ihn verpflichtenden Handlungen geltenden Grundsätze Anwendung zu leiden haben.

Aus diesen Gründen hat das Königl. Oberappellationsgericht der eingewendeten Appellation Beachtung nicht versagen können, und verordnet demgemäß an das Handelsgericht im Bezirksgerichte Pirna, sich durch den Bl. — erhobenen Widerspruch an der Bl. — beantragten Einleitung des Executionsverfahrens nicht behindern zu lassen."

(Verordnung des O.-A.-Ger. in Sachen Ebert's ÷ Bennigsen, vom 18. Dec. 1869. — Hand.-Ger. im Bez.-Ger. Pirna.)

4.

Vermögensverminderungen, welche nach dem Zeitpunkte der an sich nicht inoffieiösen Schenkung eintreten, können

dieſer nicht den Character der Inofficioſität aufdrücken (zu §§. 2603 ff. des bürgerl. Geſetzbuchs).

„Wie in den Bl. — angezogenen Fällen

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, 1858. S. 288.

Zeitſchrift für Rechtspflege u. Verwaltung, N. F. Bd. 15. S. 253.

eben ſo wie in zahlreichen anderen, z. B.

Wochenblatt ꝛc. 1854. S. 46., 1857. S. 320.

Zeitſchrift ꝛc. Bd. 15. S. 435. Bd. 17. S. 44. 441 f. Bd. 18. S. 92.

von dem Oberappellationsgerichte gleichmäßig vor dem Inkrafttreten des bürgerl. Geſetzbuchs in Hinblick auf die einſchlagenden geſetzlichen Beſtimmungen und die Literatur ausgeführt iſt, kommt es bei Beantwortung der Frage, ob eine Schenkung — beziehentlich auch eine ſogen. venditio gratiosa — als inofficiosa im Sinne der Querel zu gelten habe, zunächſt lediglich auf die Zeit dieſer Schenkung an, und letztere iſt eben nur dann inofficiosa, wenn dadurch das Vermögen in der Weiſe vermindert iſt, daß dasjenige, was daran, wenn der Erblaſſer unmittelbar nach der Schenkung verſtorben wäre, dem Pflichttheilsberechtigten zufällt, alſo ſein Erbtheil weniger beträgt, als er als Pflichttheil erhalten hätte, wenn dieſer unter Berückſichtigung des unmittelbar vor der Schenkung vorhanden geweſenen Vermögens berechnet wird.

Wendet man dieſen Grundſatz auf den vorliegenden Fall an, und ſetzt man nach der Klägerin eigenen Angaben, daß das Vermögen des Vaters der Klägerin am 25. Januar 1850 vor dem Abſchluſſe des Kaufes 8400 Thlr. betragen habe, ſo erhellt ſchon bei dem baaren Kaufpreiſe von 2800 Thlrn., daß der Verkäufer mehr zurückbehielt, als der von Klägerin Bl. — auf 2100 Thlrn. berechnete Pflichttheil betragen haben würde, alſo ſchon hiernach von einer Pflichtheilsverletzung durch den Kauf nicht die Rede ſein könne, dies aber um ſo weniger, als bei der Berechnung des Kaufpreiſes auch noch der von Klägerin Bl. — auf 2113 Thlr. 13 Ngr. berechnete Werth des Auszuges gleichſam als Theil des Kaufpreiſes in Anrechnung kommen muß, ſomit das zurückbehaltene Vermögen 4913 Thlr. 13 Ngr., das angeblich verſchenkte aber nur 3486 Thlr. 17 Ngr. betragen haben würde.

Darauf aber, daß der Klägerin Vater den durch den Werth des Auszuges repräſentirten Vermögenstheil zum Conſum für ſich und ſeine Ehefrau disponirt, und auch anſcheinend einen Theil des baaren Kaufpreiſes der 2800 Thlr. während ſeines Lebens conſumirt hat, kommt Etwas nicht an, da, wie in den angezogenen Vorgängen nachgewieſen iſt, eine nach dem angeblichen Schenkungsacte vorgekommene Verminderung des zurückbehaltenen Vermögenstheiles unter allen Um-

ſtänden nicht dahin führen kann, eine an ſich nicht inofficiöſe Schenkung ex post zur inofficiöſen zu machen.

Dieſes Ergebniß der Beurtheilung nach älterem Rechte iſt aber auch nach dem Rechte des bürgerl. Geſetzbuchs gerechtfertigt, welches, wie die querela inofficiosae donationis nach den Grundſätzen der querela inofficiosi testamenti conſtruirt iſt, in Hinblick auf die Beſtimmung des §. 23. der Publicationsverordnung vom 2. Jan. 1863 auf den vorliegenden Fall, wo der Erblaſſer erſt im Jahre 1866, alſo nach dem Inkrafttreten des bürgerl. Geſetzbuchs, verſtorben iſt, Anwendung zu finden hätte. Denn auch dieſes ſchließt ſich in §§. 2603 ff. an das frühere Recht und die ſächſiſche Praxis allenthalben an, und iſt insbeſondere nur noch auf die Beſtimmungen der §§. 2605. und 2612. hinzuweiſen, welche klar erkennen laſſen, daß Vermögensverminderungen nach dem Zeitpunkte der an ſich nicht inofficiöſen Schenkung dieſen nicht den Character der Inofficioſität aufdrücken können."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Zimmermann ÷ Klemm, vom 9. Sept. 1869. — Ger.-Amt Frauenſtein.)

5.

Zur Lehre von der Syndicatsklage und deren Begründung (zu §. 1506. des bürgerl. Geſetzbuchs).

„Wenn man auch in jetziger Inſtanz die vorliegende, als ſogen. Syndicatsklage ſich darſtellende Klage für unhaltbar erachtet hat, ſo beruht dies auf folgenden Erwägungen.

Zufolge der Klage und der darauf bewirkten Einlaſſung ſind die Parteien einverſtanden,

a) daß die in §. 5. des der Klage Bl. — unter A. abſchriftlich beigefügten Kaufs vom 28. Juni 1866, Inhalts deſſen Klägerin die dort näher bezeichneten Grundſtücke in Scheibenberger und Oberſcheibaer Flur für die Geſammtſumme von 5000 Thlrn. erkauft hat, die Eintragung der Klägerin auf den Folien der erkauften Grundſtücke von den Kaufsintereſſenten beantragt, bei Gelegenheit der noch am gedachten Tage bewirkten gerichtlichen Recognition dieſes Kaufs aber den letzteren von dem expedirenden Vorſtande des Gerichtsamtes Scheibenberg davon, daß erſt nach Löſchung einer entgegenſtehenden Proteſtation Friedrich Auguſt L.'s die Eintragung der Klägerin als Beſitzerin des miterkauften Oberſcheibaer Grundſtücks Fol. 56. und die Verlautbarung der neuen Hypotheken auf dieſem Folium erfolgen könne, Eröffnung gethan worden war;

b) daß, obwohl nach eingetretener Rechtskraft des, die Verurtheilung L.'s zu der von den Mitcontrahenten der Klägerin, den Verkäufern, verlangten Zurücknahme der gedachten Proteſtation ausſprechenden Erkenntniſſes die Löſchung derſelben bereits am 4. Febr. 1868 beantragt und am 6. deſſelben Monates Seiten des Vorſtandes

des genannten Gerichtsamtes beschlossen gewesen, die Löschung doch erst am 24. desselben Monats erfolgte, und

c) daß in der Zwischenzeit, nämlich am 18. Februar, auf Antrag Carl F.'s, eines Gläubigers der Verkäufer, eine anderweite Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung jenes Oberscheibaer Grundstücks, sodann aber unter dem 24. Februar, 2. März und 28. Mai 1868 verschiedene Hülfspfandrechte anderer Creditoren der Verkäufer auf Fol. 56. eingetragen worden sind.

Klägerin ist nun der Meinung, daß, wenn die L.'sche Protestation innerhalb der nächsten Tage nach der unter b. erwähnten amtlichen Resolution gelöscht und sie nun in Gemäßheit des in §. 5. des Kaufs gestellten Antrages sofort als Besitzerin des Grundstückes Fol. 56. eingetragen worden wäre, die unter c. gedachten Eintragungen nicht möglich gewesen sein würden, mithin der Staatsfiscus zum Ersatze des ihr durch die Verschuldung seiner Beamten verursachten Schadens verpflichtet sei.

Allerdings bestimmt §. 1506. des bürgerl. Gesetzbuchs ausdrücklich, daß Derjenige, welcher durch absichtliche Verschuldung oder grobe Fahrlässigkeit eines richterlichen Beamten bei Verhandlung oder Entscheidung eines Rechtsstreites oder in Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit Schaden erleidet, dessen Ersatz von dem schuldigen Beamten — also auch von dem, welchem die Vertretung seiner Beamten obliegt — fordern kann, und eben so ist auch in gegenwärtiger Instanz der Ansicht der vorigen Instanzen beizutreten, daß das genannte Gerichtsamt, und zwar speciell den bei demselben angestellten Grund- und Hypothekenbuchführer der Vorwurf einer groben Fahrlässigkeit insofern treffe, als die am 6. Februar 1868 beschlossene Löschung der L.'schen Protestation am 18. Februar, dem Tage des Eingangs der F.'schen Verwahrung, noch nicht ausgeführt gewesen ist. Denn, wenn auch kein Gesetz eine bestimmte Frist festsetzt, innerhalb welcher den auf Bewirkung gewisser Einträge in das Grund- und Hypothekenbuch gestellten Anträgen zu entsprechen sei, so sollen doch schon nach den Vorschriften in §§. 134. und 138. des Gesetzes vom 6. November 1843 die Grund- und Hypothekenbehörden Jedem die Rechtshülfe ohne Verzug und nach Ordnung der Anmeldung leisten und dafür zu haften haben, daß Alles, was bei ihnen zur Aufnahme in das Grund- und Hypothekenbuch angemeldet wird und dazu geeignet ist, sobald als möglich am gehörigen Orte aufgenommen werde; und ebenso hat nach §. 103. der provis. Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865 auf jedes Anbringen in Grund- und Hypothekensachen das Gericht nach geschehener Vergleichung mit dem Grund- und Hypothekenbuche Beschluß zu fassen und denselben möglichst zu beschleunigen. Diesen Vorschriften aber entspricht es in keiner Weise, wenn im concreten Falle der Grund- und Hypothekenbuchführer einen Zeitraum von 11 Tagen verstreichen ließ, ehe er die beschlossene Löschung im Grund- und Hypothekenbuche bewirkte.

Allein sehr richtig hat schon die erste Instanz Bl. — darauf hingewiesen, daß, wenn auch die Löschung der L.'schen Protestation sofort und noch vor dem 18. Febr. 1868 erfolgt wäre, dies doch immer die Eintragung der F.'schen Verwahrung und der gedachten Hülfspfandrechte nicht verhindert haben würde, wenn nicht auch vor jenem 18. Februar die Klägerin als Besitzerin jenes Grundstückes eingetragen worden wäre. Diese Eintragung ist unterlassen worden, und somit entsteht die fernere Frage, ob auch in letzterer Beziehung das Gerichtsamt Scheibenberg der Vorwurf, wenn auch nicht einer absichtlichen Verschuldung, doch einer groben Fahrlässigkeit treffe? Diese Frage hat die erste Instanz verneint, die zweite dagegen bejaht.

Wäre hierunter der zweiten Instanz beizustimmen, so würde nach Ansicht der jetzigen Instanz die Abweisung der Klage nicht gerechtfertigt erscheinen, sondern eine Verurtheilung des Beklagten haben Platz ergreifen müssen. Denn die Meinung der vorigen Instanz, daß Klägerin, deren Interesse in erster Reihe nur darin besteht, daß durch die Eintragung der neueren F.'schen Verwahrung und verschiedener Hülfspfandrechte die Erreichung des mit dem Kaufvertrage über das fragliche Grundstück verbundenen Zweckes, nämlich die Erwerbung des Eigenthums an diesem Grundstücke, gehindert worden sei, zur Begründung der Klage sich, wie nicht geschehen, darauf zu beziehen gehabt habe, daß sie das Recht, von ihren Kaufsmitcontrahenten die Beseitigung des durch jene Protestationen auf eine ihnen selbst zur Schuld gereichende Weise herbeigeführten Hindernisses der Eintragung der Klägerin als Eigenthümerin des Grundstücks zu verlangen, bereits, jedoch ohne Erfolg, geltend gemacht habe, oder daß und warum dieses Recht mit Erfolg nicht geltend gemacht werden könne, kann man schon deshalb nicht theilen, weil zur Zeit des Kaufsabschlusses der von den Kaufsinteressenten im Kaufe beantragten Eintragung der Klägerin ein anderes Hinderniß als die L.'sche Protestation nicht entgegenstand, dieses Hinderniß aber, soviel an ihnen lag, von den Verkäufern im Wege der Klagerhebung beseitigt worden war, ehe die späteren Verwahrungs- und Hülfspfandrechtseinträge beantragt wurden. Man kann zugeben, daß Klägerin berechtigt sei, von ihren Verkäufern auch die Beseitigung dieser neueren Hindernisse zu fordern, allein daraus folgt nicht, daß Klägerin nicht auch, ohne von diesem Rechte Gebrauch gemacht zu haben, sofort von dem Beklagten, wenn dessen Beamte wirklich auch hinsichtlich der unterlassenen Eintragung der Klägerin der Vorwurf einer groben Fahrlässigkeit träfe, Ersatz des durch dieselbe herbeigeführten Schadens verlangen dürfte, da das neue Hinderniß ohne jene Unterlassung gar nicht eingetreten sein würde. Die Folge würde nur die sein, daß dem Beklagten der Regreß an die Verkäufer offen stände.

Man hat aber bezüglich obiger zweiter Frage der Ansicht der ersten Instanz den Vorzug zu geben gehabt. Denn, wollte man auch nicht annehmen, daß der in §. 5. des Kaufs gestellte Antrag auf Ein-

tragung der Klägerin als Besitzerin durch die Eröffnung des Gerichtsamtes, daß die Eintragung erst nach Löschung der L.'schen Protestation erfolgen könne, seine Erledigung gefunden, und es nun nach Beseitigung des Hindernisses erst noch eines anderweiten Antrags der Klägerin, ihre Eintragung zu bewirken, bedurft habe, sondern wollte man davon ausgehen, daß das Gerichtsamt verpflichtet gewesen sei, den gedachten Antrag im Auge zu behalten und demselben nach Beseitigung des früheren Hindernisses auch unerwartet eines anderweiten Antrages der Klägerin zu entsprechen, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß zwischen der gerichtlichen Recognition des Kaufs (dem 28. Juni 1866) und dem Zeitpunkte, zu welchem die Löschung der L.'schen Protestation erfolgen konnte und sollte, ein Zeitraum von mehr als 19 Monaten verflossen war, Klägerin daher wohl selbst Veranlassung gehabt hätte, jenen bei der Länge dieses Zeitraumes möglicherweise in Vergessenheit gerathenen Antrag bei der betreffenden Behörde in Anregung und Erinnerung zu bringen. Darauf, daß sie dies gethan, hat sie sich jedoch nicht bezogen. In Berücksichtigung der Länge des verflossenen Zeitraumes aber hat es auch dem Königl. Oberappellationsgerichte in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz bedenklich erscheinen müssen, in der stattgefundenen Unterlassung eine grobe Fahrlässigkeit der bezüglichen Beamten, wie sie in §. 1506. des bürgerl. Gesetzbuchs vorausgesetzt wird, zu erblicken." ꝛc.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Weisflog ÷ den Anwalt des Staatsfiscus im Königr. Sachsen, vom 16. September 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Dresden.)

6.

Unter welchen Voraussetzungen hat der Auszugspflichtige die Herbeiziehung dritter Personen zur Pflege des Herbergsberechtigten geschehen zu lassen? (Zu §. 641. des bürg. Gesetzbuchs.)

„Klägerin, welche in dem Hause des Beklagten das Herbergsrecht genießt, beansprucht Inhalts der vorliegenden Klage, unter Berufung auf die Schlußbestimmung in §. 641. des bürgerl. Gesetzbuchs, das Recht, zu ihrer Pflege und Wartung ihren gegenwärtig im 9ten Altersjahre stehenden Enkel August Emil Fr., einen unehelichen Sohn ihrer außerehelichen Tochter Juliane Wilhelmine, mit in ihre Herbergsräume aufzunehmen. Jene Schlußbestimmung lautet dahin:

„Der Verpflichtete hat die nothwendige Herbeiziehung dritter Personen zur Pflege des Berechtigten zuzulassen."

Man kann dahingestellt sein lassen, ob der hier gebrauchte Ausdruck „Herbeiziehung dritter Personen" als Gegensatz des Ausdrucks „Aufnahme" zu nehmen sei, denn hätte man auch in Berücksichtigung des Umstandes, daß der Klägerin in Beklagtens Hause eine

abgesonderte Wohnung zusteht, zuzugeben, daß Klägerin an sich nicht behindert sein würde, zur nöthigen Wartung und Pflege eine dazu geeignete Person in dieselbe aufzunehmen, so würde sie das Recht hierzu doch immer nur unter einer doppelten Voraussetzung beanspruchen können, nämlich

1) der, daß das Bedürfniß dazu vorhanden, und
2) der, daß die Person, die sie aufzunehmen beabsichtigt, eine zu dem gedachten Zwecke geeignete sei.

Es fragt sich demnach, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen?

Nun hat

ad 1.

Klägerin in der Klage Bl. — behauptet, daß die Aufnahme eines Dritten zu ihrer Pflege nothwendig sei, indem sie zu Michaelis 1868 56 Jahre alt werde, seit mehreren Jahren bedeutend augenkrank sei, sich mühsam vom Spinnen und Garntreiben nähre, und mit dem Beklagten und dessen Ehefrau, den einzigen Personen, welche außer ihr das Haus bewohnten, in größtem Unfrieden lebe, so daß sie von diesen, wenn sie einmal gefährlich erkranken sollte, gar keine Unterstützung und Hülfe zu erwarten habe. Dieses Anführen ist jedoch nicht von der Beschaffenheit, daß daraus das dermalige Vorhandensein einer Nothwendigkeit der beabsichtigten Maßnahme sich entnehmen ließe, denn Klägerin giebt hier selbst an, daß sie, ungeachtet ihres Alters und ihrer angeblichen Augenkrankheit, sich, wenn auch mühsam, vom Spinnen und Garntreiben nähre; dagegen hat sie, daß sie bereits an einer, eine besondere Wartung und Pflege erforderlich machenden Krankheit leide, nicht einmal behauptet, sondern nur auf die Möglichkeit einer künftigen ernstlichen Erkrankung hingewiesen. Somit fehlt es schon nach dieser Richtung hin an einer schlüssigen Begründung der Klage. Dazu kommt aber

ad 2.

daß nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts ein im 9ten Jahre seines Alters stehender Knabe als eine zu dem fraglichen Zwecke geeignete Person keineswegs sich betrachten läßt, denn ein Knabe dieses Alters bedarf unstreitig selbst der Pflege, Leitung, Aufsicht und Erziehung, ihm geht präsumtiv namentlich auch in dem, was zur Pflege und Wartung einer älteren, an den Augen leidenden Person gehört, alle Kenntniß und Erfahrung ab; überdies hat er die Schule zu besuchen, so daß er nicht immer, nicht einmal am Tage, um die Klägerin sein könnte. Glaubt diese, ihn in seinen Freistunden den Tag über zu nothwendigen Gängen und anderen kleineren Dienstleistungen benutzen zu können, so wird Beklagter sie daran nicht zu hindern vermögen; allein ihr Verlangen, daß Letzterer die wirkliche Aufnahme desselben in die von ihr bewohnten Herbergsräume gestatte, erscheint nicht ausreichend begründet.

Unter diesen Umständen ist man in gegenwärtiger Instanz auf

die Berufung des Beklagten zu Abweisung der Klage in der angebrachten Maße gelangt ꝛc."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Freudenbergin ÷ Freudenberg, vom 30. Sept. 1869. — Ger.-Amt Pulßnitz.)

7.

Zur Lehre von dem Einflusse der Aussprüche der kaufmännischen Mitglieder der Handelsgerichte über das Vorhandensein von Handelsgebräuchen ꝛc. (Zu §. 11. der Ausführungsverordnung zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuche, vom 30. December 1861.)

„Die vorige Instanz ist von der Ansicht ausgegangen, daß es, um bezüglich der in der Klagbeifuge B. verzeichneten Waaren zu einer Verurtheilung des Beklagten gelangen zu können, erst noch einer Verificirung der bei dem 1sten und 2ten Einlassungspunkte geleugneten Klaganführungen durch Ableistung des darüber angetragenen, Bl. — zurückgegebenen Eides bedürfe.

Diese Ansicht hat man für richtig anzuerkennen nicht vermocht.

Denn nach Bl. — haben die kaufmännischen Mitglieder des Handelsgerichts zu Leipzig, welches das erste Erkenntniß in der gegenwärtigen Sache abgefaßt hat, versichert, daß in Deutschland, und insbesondere auch an der Leipziger Garnbörse, wo das Bl. — erwähnte Geschäft abgeschlossen worden, beim Garnhandel im Allgemeinen nur nach englischem Gewichte contrahirt werde und ein Handel nach Zollgewicht ausdrückliche Stipulationen der Parteien voraussetze.

Daß dieser Ausspruch, welcher noch überdies durch die Bestimmung in §. 16. der Ausführungsverordnung zu dem Gesetze, die Einführung eines allgemeinen Landesgewichts und einige Bestimmungen über das Maaß- und Gewichtswesen im Allgemeinen betr., vom 12. März 1858 einigermaßen unterstützt wird, nicht von der Hand gewiesen werden könne, erhellt aus §. 11. der Ausführungsverordnung zu dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuche, vom 30. Dec. 1861, wornach die Handelsgerichte berechtigt sind, über Gegenstände, deren Beurtheilung eine kaufmännische Begutachtung erfordert, ingleichen über das Vorhandensein von Handelsgebräuchen, auf Grund der eigenen Sachkenntniß ihrer kaufmännischen Mitglieder zu entscheiden. Hiernach nämlich gehört die Erklärung darüber, ob ein gewisser Handelsgebrauch existire, recht eigentlich mit zur Competenz der kaufmännischen Mitglieder der Handelsgerichte. Man hat auch die von der vorigen Instanz Bl. — angeregten Bedenken keineswegs theilen können.

Denn wenn schon zuzugeben ist, daß Klägerin in ihrer Klage auf die bezeugte Usance sich nicht speciell bezogen hat, so darf doch auch auf der anderen Seite vorausgesetzt werden, daß dieselbe sich des Eidesantrags nur insoweit habe bedienen wollen, als die Thatsachen,

auf welche sie sich zu Begründung ihres Anspruchs bezogen, zu dieser Begründung überhaupt erst noch für erforderlich und als des Beweises bedürftig würden erachtet werden. Zudem besagt §. 11. der angezogenen Ausführungsverordnung zu dem Handelsgesetzbuche nicht, daß die kaufmännischen Mitglieder der Handelsgerichte über das Vorhandensein von Handelsgebräuchen sich nur dann aussprechen dürften und ihr Ausspruch nur dann zu berücksichtigen sei, wenn auf solchen von der einen oder der anderen Partei ausdrücklich provocirt worden, wie es denn auch ohnehin sich empfehlen wird, von dem Erkennen auf einen Eid abzusehen, wenn die Unterlagen für die Entscheidung ohne solchen gewonnen werden können.

Hiernächst ist dem Bl. — unter b. hervorgehobenen Bedenken gegenüber darauf aufmerksam zu machen, daß die kaufmännischen Mitglieder des Leipziger Handelsgerichts den oberwähnten Handelsgebrauch nicht nur für die Leipziger Garnbörse, sondern für ganz Deutschland bezeugt haben, und daß übrigens, auch abgesehen hiervon, die Beklagten, wenn sie an der Leipziger Garnbörse contrahirt, ohne sich einen Vorbehalt zu stellen, sich den dort geltenden Handelsgebräuchen stillschweigend unterworfen haben würden.

Hiernach und zumal der Mitbeklagte Julius K. die Richtigkeit der bei dem 1. und 2. Einlassungspunkte beantworteten Klaganführungen in dem Verhörstermine Bl. — nicht einmal mit Bestimmtheit in Abrede zu stellen im Stande gewesen ist, hat man auf der Klägerin 1ste und 4te Beschwerde Bl. — das Bl. — erkannte Relatum in Wegfall gebracht.

Demnächst haben Beklagte bei dem 4ten Einlassungsabschnitte, nach Bl. — unter Annahme des darüber angetragenen Eides, geleugnet, daß sie die Bl. — gedachte Quantität Garn um den Preis von 44 Kr. für das englische Pfund erkauft, und in der Anmerkung zu jenem Einlassungsabschnitte in Verbindung mit Bl. — behauptet, daß bei dem zwischen ihnen und dem Bevollmächtigten der Klägerin am 5. October 1867 abgeschlossenen Vertrage ein Kaufpreis von 44 Kr. vielmehr ausdrücklich für das Zollpfund vereinbart worden sei. Beide vorige Instanzen haben in dieser Behauptung eine Ausflucht erblickt, daher den Beklagten deren Beweis auferlegt, und hierdurch fühlen sich beide Theile beschwert, und zwar die Beklagten insofern, als dieselben die Ansicht vertheidigen, daß in ihrem Vorbringen nur ein motivirtes Leugnen der Klage enthalten sei.

Das Königl. Oberappellationsgericht hat nicht umhin gekonnt, dieser Meinung der Beklagten beizupflichten. Da nämlich die kaufmännischen Mitglieder des Handelsgerichts zu Leipzig versichert haben, daß in Deutschland und insbesondere auch an der Leipziger Garnbörse beim Garnhandel im Allgemeinen nur nach englischem Gewichte contrahirt werde und ein Handel nach Zollgewicht ausdrückliche Stipulationen voraussetze, so wird zwar hierdurch zu Gunsten der Klägerin eine Vermuthung dafür begründet, daß auch bei dem Bl. — erwähn-

ten Handelsabschlusse die Absicht der Parteien dahin gegangen sein werde, es solle das englische Pfund als die Einheit gelten, nach welcher der Kaufpreis zu berechnen. Allein immerhin kann von einer solchen Vermuthung doch nur dann die Rede sein, wenn, wie dies nach der Sachdarstellung der Klägerin Bl. — der Fall gewesen sein soll, bei der Kaufsverhandlung vom 5. October 1867 ein Preis von 44 Kr. für das Pfund Garn schlechthin, also ohne Angabe darüber, ob damit das englische Pfund oder das Zollpfund gemeint, verabredet worden ist. Haben daher die Beklagten in Abrede gestellt, daß bei der beregten Verhandlung ein Preis von 44 Kr. schlechthin für das Pfund verabredet worden sei, indem die Verneinung bei dem 4ten Einlassungsabschnitte eine andere als diese Auffassung nicht füglich zuläßt, und haben dieselben damit die Behauptung verknüpft, daß die Verabredung eines Preises von dieser Höhe vielmehr für das Zollpfund stattgefunden, so erscheint dies allerdings als ein Leugnen der Klage, nämlich der Modalität des Kaufsabschlusses, oder, mit andern Worten, als ein Leugnen derjenigen Thatsache, welche die Unterlage für die zu Gunsten der Klägerin sprechende Vermuthung bildet und mit deren Wegfall diese Vermuthung von selbst sich erledigt. Es ist das Sachverhältniß ein ganz ähnliches, wie in dem Falle, wenn auf Erfüllung eines Vertrags geklagt wird und der Beklagte behauptet, es sei nicht pure, sondern unter einer aufschiebenden Bedingung contrahirt worden.

Demzufolge hat man auf das Rechtsmittel der Beklagten den Bl. — erkannten Ausfluchtsbeweis in Wegfall gebracht und statt dessen den Beklagten vielmehr nachgelassen, ihre Entbindung von der Klage bei dem ersten Klagpunkte durch Ableistung des über den 4ten Einlassungsabschnitt angetragenen Eides, bei dessen Förmelung auf das dazu gehörige erläuterungsweise Vorbingen Rücksicht zu nehmen gewesen, herbeizuführen." ꝛc.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Actiengesellschaft „Mechanische Baumwollen-Spinnerei und Weberei Bamberg" ÷ die Inhaber der Firma „Meyer Kauffmann", vom 30. Sept. 1869. — Hand.-Ger. im Bez.-Ger. Leipzig.)

8.

Wie weit erstreckt sich die Wirkung der auf Antrag eines Gläubigers des Ehemannes bewirkten Hülfsvollstreckung in den Antheil des Letzteren an dem von der Verkäuferin für sich und ihren Ehemann in beschränkter Weise vorbehaltenen, jedoch ohne alle Einschränkung eingetragenen Naturalauszuge?

„Nach der Klagbeilage D. Bl. —, welche vom Beklagten zugestanden worden ist, erkaufte Letzterer am 1. October 1863 das Gut Fol. 4. für Steinsdorf von seiner Mutter, Johannen Christianen

verw. Popp anderweit verehel. Oertel, und wurde am 2. December 1863 als Eigenthümer eingetragen. Dabei behielt sich die Verkäuferin für sich und ihren Ehemann Johann Christoph Oertel den Bl. — näher angegebenen Naturalauszug vor. Obschon nun nach Bl. — des Kaufvertrags noch fernerweit ausgemacht wurde, daß die Verkäuferin so lange, bis Käufer, ihr Sohn, sich verheirathen werde, jedoch längstens bis Michaelis 1865, das verkaufte Gut frei und unbeschränkt benutzen und bewirthschaften und, so lange dies geschehe, für alle Steuern, Abgaben und Oblasten aus ihren Mitteln einzustehen, auch die Zinsen von den auf dem Gute haftenden Capitalien abzuführen verbindlich sein solle, und obschon sie Bl. — noch besonders erklärte, daß „selbstverständlich bis dahin die Auszugsprästationen nicht zu leisten seien und cessiren" sollten, wurde gleichwohl nach Bl. — der vorbehaltene Wohnungs- und Naturalauszug für die Verkäuferin und deren Ehemann Johann Christoph Oertel unterm 2. December 1863 ohne alle Einschränkung in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen.

Nachdem die jetzige Klägerin besage der Acten Rep. II. a. Lit. C. No. 2. die rechtskräftige Verurtheilung des Auszüglers Johann Christoph Oertel zu Gewährung von 14 Thlrn. jährlichen Alimenten für das mit ihr außer der Ehe erzeugte Kind erlangt hatte und nach Bl. — die wegen eines Schuldbetrages von 23 Thlrn. 11 Ngr. 1 Pf. versuchte Mobiliarauspfändung erfolglos geblieben war, beantragte die Klägerin am 16. Juni 1864 Bl. — die Hülfsvollstreckung in den für ihren Schuldner vorbehaltenen und grundbücherlich eingetragenen Naturalauszug, hatte aber bereits vorher hinsichtlich der künftig gefällig werdenden Alimentenbeiträge Bl. — Inhibition desselben Auszuges Behufs der Sicherung eines künftigen Executionsobjectes beantragt. Beiden Anträgen wurde Bl. — der Vorproceßacten sowohl hinsichtlich der Execution in den Auszug, als auch bezüglich der Inhibition entsprochen und dem jetzigen Beklagten aufgegeben, von der für Johann Christoph Oertel bestimmten Hälfte des Auszuges (mit Ausnahme einiger speciell angegebenen Leistungen) nichts an den Auszügler zu gewähren, sondern entweder an das Gerichtsamt Elsterberg, oder an den mit der Empfangnahme zu beauftragenden Ortsrichter Seifert verabfolgen zu lassen. Die Androhung des nochmaligen Ersatzes bei Zuwiderhandlungen fehlte in der Inhibitionsauflage.

Soviel nun

A.

den Schuldbetrag von 23 Thlrn. 11 Ngr. 1 Pf., sowie die Bl. — der Voracten verzeichneten Gerichtskosten von 10 Thlrn. 19 Ngr. 3 Pf. anlangt, so ist das Königl. Oberappellationsgericht, abweichend von beiden vorigen Instanzen, zu der Ueberzeugung gelangt,

1.

daß der Hypothekenbuchseintrag, wonach der stipulirte Naturalauszug

für die Verkäuferin und deren Ehemann ohne alle Beschränkung zur Verlautbarung gekommen ist, dem jetzigen Beklagten entgegensteht, und unter allen Umständen wenigstens soviel bewirken muß, daß Beklagter dritten Personen gegenüber, welche ein Hülfsrecht in den Auszug erlangt haben, die Ausflucht vorschützen und darthun muß, der Auszug sei der grundbücherlichen Eintragung ungeachtet entweder noch nicht in Wirksamkeit getreten oder wieder erloschen. Das Königl. Oberappellationsgericht theilt dabei zwar die zu Gunsten des Beklagten gereichende Ansicht der vorigen Instanz, daß die Klägerin durch die Hülfsvollstreckung gegen ihren Schuldner Johann Christoph Oertel nicht mehr Rechte erlangt haben kann, als dem Letzteren bezüglich des fraglichen Auszuges zustehen. Hätte also Oertel noch zur Zeit kein Recht auf die ihm theilweise zugewiesenen Auszugsleistungen, so würde der Klägerin weder der Eintrag des Auszuges in das Grundbuch noch die erfolgte Hülfsvollstreckung etwas nützen. Auch stimmt das Oberappellationsgericht der vorigen Instanz darin bei, daß weder §. 111. des bürgerl. Gesetzbuchs, noch das in der

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, N. F. Bd. 13. S. 356.

abgedruckte Präjudiz in dem gegenwärtigen Falle zutreffen, weil dabei ein Vertragsnexus zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten vorausgesetzt werden muß, in dem vorliegenden Falle aber der Klägerin kein Zwangsrecht gegen den Beklagten eingeräumt werden kann, zu verlangen, daß er von Michaelis 1865 an die Bewirthschaftung seines Gutes auf eigene Rechnung übernehmen müsse, um dadurch den stipulirten Auszug in Wirksamkeit treten zu lassen. Selbst das Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs kann hier nicht einschlagen, weil das verhaftete Grundstück sich noch in denselben Händen befindet, als zur Zeit der Eintragung des Auszuges. Allein alle diese Erwägungen ändern nichts an der oben erwähnten Verpflichtung des jetzigen Beklagten, zu excipiren und den Nachweis zu führen, daß der Auszug des Eintrages ungeachtet noch nicht in Wirksamkeit getreten sei. In dieser Beziehung ist jedoch die Ausflucht des Beklagten unschlüssig. Er bezieht sich nämlich Bl. — unter 1. dieserhalb lediglich auf den bereits oben mitgetheilten Inhalt des Kaufvertrages D., wornach die Verkäuferin bis zur Verheirathung des Käufers, des jetzigen Beklagten, jedoch längstens bis Michaelis 1865, die Bewirthschaftung des Gutes sich vorbehalten hat und bis dahin der Auszug nicht zu leisten sein, sondern cessiren soll. Daraus läßt sich jedenfalls nicht ableiten, daß der Auszug seit Michaelis 1865, von welchem Zeitpunkte an die Auszugsleistungen von der Klägerin erst in Anspruch genommen werden, noch nicht in Wirksamkeit getreten sei. Denn der gedachte Vertrag verschiebt das Auszugsrecht der Auszügler nur höchstens bis Michaelis 1865. Nun leugnet zwar Beklagter Bl. — bei den Einlassungspunkten 33. bis 40., daß ihm spätestens Michaelis 1865 die Benutzung und Bewirthschaftung des Gutes ein-

geräumt worden sei und er seitdem dasselbe benutze und bewirthschafte. Allein in diesem Leugnen ist keine Ausflucht, wie nach Obigem dem Hypothekenbuchseintrage gegenüber verlangt werden muß, enthalten, und selbst wenn man darin eine Ausflucht erblicken wollte, würde sie dennoch unbeachtlich sein, weil man darin blos die Behauptung finden kann, daß Beklagter das Gut nicht in eigener Person benutze und bewirthschafte. Dies läßt aber auch die Möglichkeit übrig, daß Beklagter seit Michaelis 1865 das Gut von seiner Mutter oder einer anderen Person für seine eigene Rechnung bewirthschaften lasse. Insofern muß also hinsichtlich der hier allein in Rede stehenden 23 Thlr. 11 Ngr. 1 Pf. und der gedachten Gerichtskosten eine der Klägerin günstigere Auffassung Raum gewinnen.

2.

Ferner wendet zwar der Beklagte noch ein, dem Ehemanne der Verkäuferin, dem Johann Christoph Oertel, stehe bei Lebzeiten seiner Frau überhaupt gar kein Auszugsrecht zu, und wenigstens soviel ist gewiß, daß der genannte Oertel nicht vermöge seines ehemännlichen Nießbrauchsrechtes nach §. 630. des bürgerl. Gesetzbuchs Anspruch auf die fällig werdenden Leistungen haben kann, da die Klägerin Bl. — der gangbaren Acten selbst anführt, der genannte Oertel habe durch Aufgabe des ehemännlichen Nießbrauchs- und Verwaltungsrechtes sich zu einer Zeit besitzlos gemacht, wo er bereits Kenntniß von dem Entstehen seiner Verpflichtung gehabt habe. Allein auch dies schlägt nicht durch zu Gunsten des Beklagten. Denn aus dem Kaufvertrage (Klagbeilage D.) geht hervor, daß der Auszug für die Verkäuferin und deren Ehemann Johann Christoph Oertel ausbedungen worden ist, und so lautet auch nach Bl. — der Hypothekenbuchseintrag. Man muß demgemäß annehmen, daß dem Ehemanne Oertel die Hälfte des ausbedungenen Auszuges, soweit er theilbar ist, vermöge eigenen Rechtes gebühre. Der im Kaufvertrage Bl. — vorkommende Passus:

> „dagegen ist Verkäuferin berechtigt, den stipulirten Naturalauszug „auch" nach dem Ableben ihres Ehemannes ganz und vollständig zu verlangen und zu beziehen,"

läßt dem ganzen Zusammenhange nach, ungeachtet des Wortes „auch" den Schluß nicht zu, daß die Verkäuferin auch während des Lebens ihres Ehemannes die alleinige Bezugsberechtigte sein sollte. Dies widerspricht eben dem übrigen Inhalte des Kaufvertrages.

3.

Desgleichen kann der Umstand, daß in der an den Beklagten erlassenen, Bl. — befindlichen Auflage die in §. 57. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 vorgeschriebene Verwarnung „bei Vermeidung nochmaliger Erstattung" nicht enthalten ist, dem Beklagten nichts nützen. Denn er behauptet gar nicht, im Gegentheile bestreitet er ausdrücklich, daß er die fälligen Auszugsleistungen ganz

oder theilweise an die Auszügler entrichtet habe. Sofern er also, wie man nach dem Obigen anzunehmen hat, überhaupt verpflichtet war, ist derselbe nicht liberirt und demgemäß verbunden, die Rückstände abzuführen, soweit sie zur Befriedigung der Klägerin nöthig sind.

4.

Als unterstützendes Moment tritt endlich noch hinzu, daß besage der Vorproceßacten sowohl bei der Bl. — gepflogenen Verhandlung blos die Behauptung geltend gemacht worden ist, daß dem Johann Christoph Oertel während der Lebzeiten seiner Ehefrau kein Anspruch auf den Auszug zustehe, als auch, daß Beklagter Bl. — gegen den Ortsrichter Vollstädt, der zur Empfangnahme der rückständigen Auszugsleistungen beauftragt war, die Erklärung abgegeben hat, dem Johann Christoph Oertel habe er keinen Auszug zu geben, nur seine Mutter, Oertels Ehefrau, habe dergleichen zu fordern. Hiernach bestreitet Beklagter also gar nicht, daß die Auszugsverpflichtung in Wirksamkeit getreten sei; er huldigt nur der unbegründeten Ansicht, daß Oertel während der Lebzeiten seiner Ehefrau keinen Anspruch auf die Auszugsleistungen habe.

Nach allen diesen Erwägungen erschien es denn gerechtfertigt, die Klage, soweit die 23 Thlr. 11 Ngr. 1 Pf. und die gedachten Gerichtskosten, wegen welcher Posten die Hülfe in den Auszug vollstreckt worden, in Frage kommen, aufrecht zu erhalten und die Verurtheilung auszusprechen. Die Verurtheilung konnte jedoch nur so erfolgen, daß Beklagter von den seit Michaelis 1865 auf Johann Christoph Oertels Antheil kommenden rückständigen Auszugsleistungen so viel, als zu Deckung der Executionssumme nöthig ist, entweder an das Proceßgericht oder in seinem Gute an die zu deren Empfangnahme beauftragte Person abführe, oder endlich den Schuldbetrag in Geld berichtige.

B.

Eine andere Ansicht ist jedoch hinsichtlich der seit dem 2. März 1864, bis wohin die Hülfsauflage vom 3. Februar 1864 (Bl. — der Vorproceßacten) sich erstreckt, fällig gewordenen und künftig noch fällig werdenden Unterhaltungsbeiträge sowie der eventuellen Begräbnißkosten zu gewinnen. Hinsichtlich dieser Posten ist zur Zeit noch gar keine Hülfsvollstreckung beantragt und verfügt worden, sondern Klägerin hat sich in dieser Richtung Bl. — der Voracten damit begnügt, Inhibition der antheiligen Auszugsleistungen Behufs der Sicherung eines künftigen Executionsobjectes zu beantragen. Auch das Proceßgericht hat in der an die Klägerin Bl. — erlassenen Notification bemerkt, daß die Inhibition nur zur Sicherung eines künftigen Hülfsobjectes verfügt worden sei.

Wenn gleichwohl das Gerichtsamt Elsterberg, als Grund- und Hypothekenbehörde, nach der Klagbeilage C. Bl. — der gangbaren Acten in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen hat, daß der

Johann Christoph Oerteln zur Hälfte stipulirte Auszug der jetzigen Klägerin zur Deckung ihrer Forderung an verfallenen und noch fällig werdenden Alimentengeldern, eventuell des Begräbnißaufwandes, ingleichen der Proceßkosten überwiesen werde, so ist dies unstreitig, was die künftigen Alimente anlangt, unrichtig. Denn eine Ueberweisung der Auszugsleistungen für die künftigen Alimentenbeiträge konnte nicht erfolgen, weil dies die Wirkung der wirklichen Hülfsvollstreckung (§. 59. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838) haben würde, diese aber von der Klägerin rücksichtlich der künftigen Alimente gar nicht beantragt war und damals gar nicht beantragt werden konnte. Vielmehr hätte zum bloßen Behufe der Sicherung eines künftigen Hülfsobjectes eine bloße Verwahrung in das Grundbuch eingetragen werden können. Der gedachte unrichtige Eintrag präjudicirt aber den Beklagten nicht, weil die Besitzverhältnisse sich seitdem nicht geändert haben, und deshalb das Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches nicht einschlägt. Man kann also hinsichtlich der seit dem 2. März 1864 erwachsenen Alimentenbeiträge, da es an jeder, die Exeeution bedingenden Zahlungsauflage an den Schuldner fehlt, die Hülfsvollstreckung noch gar nicht als erfolgt ansehen und muß demnach im Einverständnisse mit der vorigen Instanz insoweit die erhobene Klage für unschlüssig und verfrüht erachten. Demgemäß war in dieser Richtung das vorige Erkenntniß zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der geschiedenen Lorenz ÷ Popp, vom 30. Sept. 1869. — Ger.-Amt Elsterberg.)

9.

Das Blaneoindossament macht den Urheber desselben der Rechte aus dem Wechsel nicht verlustig, sobald er nur den letzteren in Händen hat.

„Soviel die Ausstellung wider die Sachlegitimation des Klägers anlangt, so steht dem Kläger das von ihm auf den Wechsel gebrachte Blancoindossament nicht entgegen, weil dasselbe durch Uebergabe des Wechsels nicht perfect geworden ist, wie sich daraus ergiebt, daß sich der Kläger sowohl bei der Aufnahme des Protestes, als auch zur Zeit der Anstellung der Regreßklage noch in dem Besitze des Wechsels befunden hat. Denn ein Indossatar behält, trotz eines auf den Wechsel gebrachten Blaneoindossaments, seine Rechte aus dem Wechsel, wenn er sich nicht durch Uebergabe des mit dem Blancogiro versehenen Wechsels an einen Andern dieser Rechte entäußert, oder wenn er, was dem gleichsteht, den Wechsel zwar einem Anderen übergeben, denselben jedoch von diesem vor Ausfüllung des Blaneogiros zurückerhalten hat. Allerdings hätte der Kläger es in seiner Macht gehabt, das aus dem Gesichtspunkte einer einseitigen Verfügung zu betrachtende

Blancoindoſſament zu durchſtreichen. Aber aus der Unterlaſſung des Gebrauchs dieſes Rechts folgt nicht ein Verzicht auf ſeine Rechte aus ſeinem eigenen Indoſſament. Man kann dahingeſtellt ſein laſſen, ob die Anſicht, es werde der Wechſel durch ein darauf gebrachtes Blancoindoſſament zu einem Inhaberpiere, ſo ganz außer Zweifel beruhe. Aber, ſelbſt wenn man dieſe Anſicht für unzweifelhaft halten wollte, würde ein Grund nicht abzuſehen ſein, warum Derjenige, welcher das Blancogiro auf den Wechſel gebracht hat, von dem Rechte, das Blancogiro zu ſeiner Legitimation zu gebrauchen, allein ausgeſchloſſen ſein ſollte. Wenn der Beklagte ſich Bl. — zu Rechtfertigung ſeiner Meinung darauf bezieht, daß nach Art. 36. Alinea 2. nur ausgeſtrichene Indoſſamente bei der Prüfung der Legitimation als nicht geſchrieben angeſehen werden ſollen, ſo genügt ein Hinweis darauf, daß aus dieſer Vorſchrift nicht folgt, es ſtehe auch ein Blancoindoſſament dem Klagrechte Desjenigen entgegen, welcher daſſelbe geſchrieben hat, ohne den Wechſel einem Anderen zu übergeben."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Thieme ÷ Moſenthin, vom Monat Juni 1869. — Ger.-Amt Leipzig II.) =

10.

Eine Entſcheidung in materialibus Seiten der höheren Inſtanz neben der Anordnung anderweiter Verhandlung in erſter Inſtanz iſt proceßrechtlich undenkbar.

„Der Beklagte, welcher durch ſeine Appellation wider die erſte Entſcheidung ſoviel erlangt hat, daß in dem zweiten Urthel Bl. — auf anderweite Verhandlung und Entſcheidung in erſter Inſtanz erkannt worden iſt, fühlt ſich Bl. — und Bl. — durch das zweite Urthel um deswillen beſchwert, weil der Kläger nicht, unter Verurtheilung in die Koſten des Proceſſes, mit ſeiner Wechſelklage, als ſolcher, ganz abgewieſen worden iſt. Wahrſcheinlich gründet derſelbe ſeine Appellation zur dritten Inſtanz auf die Bemerkung in den Rationen Bl. —, es würde, des vorhandenen Formmangels ungeachtet, nicht zu einer auf Wiederholung des Verhörs gerichteten interlocutoriſchen Anordnung zu gelangen ſein, wenn auf die beigebrachten Urkunden ein wechſelmäßiges Verfahren überhaupt nicht baſirt werden könnte. Indeſſen hat der Beklagte dieſe Bemerkung und die weiteren Rationen Bl. — unrichtig aufgefaßt. Allerdings würde die zweite Inſtanz nicht auf die Wiederholung des Verhörs haben interloquiren können, wenn ſie der Anſicht geweſen wäre, es wären die von dem Kläger zur Begründung der Wechſelklage beigebrachten Urkunden ſchon ihrer äußeren Form nach unzureichend, und allerdings war es aus dieſem Grunde ganz in der Ordnung, wenn die zweite Inſtanz die von dem Beklagten Bl. — aufgeſtellten Zweifel wider die Sachlegitimation des Klägers und wider die Proteſturkunde von dieſem Geſichtspunkte aus

prüfte. Allein hieraus folgt nicht, daß die, übrigens allem Anscheine nach ganz richtigen, Rationen Bl. — auch materielle Rechtskraft erlangt haben. Denn dem steht der Inhalt des Urthels Bl. — entgegen, weil in dem Interlocute auf einen anderweiten Verhörstermin und auf anderweite Entscheidung in der Hauptsache und wegen der von Bl. — bis — erwachsenen Kosten soviel liegt, daß der ersten Instanz auch die selbständige Beurtheilung der von dem Beklagten wider die erhobene Wechselklage im anderweiten Verhörstermin etwa vorgebrachten Einwendungen vorbehalten bleibe, und es wäre namentlich nicht ausgeschlossen, daß die erste Instanz, wenn der Beklagte die Ausstellungen gegen die Sachlegitimation des Klägers und gegen die Form der Protesturkunde wiederholen sollte, hierauf Rücksicht nehmen und die Wechselklage abweisen könnte, obschon dies gerade nicht eben sehr wahrscheinlich ist.

Der Beklagte tritt, wenn er einmal mit dem Erkenntnisse auf anderweite Verhandlung einverstanden ist, das anderemal eine Entscheidung in materialibus verlangt, mit sich selbst in Widerspruch. Entweder war die Verhandlung Bl. — formell richtig, oder sie litt an einem wesentlichen Formfehler.

Im ersteren Falle hätte es sich nur darum handeln können, ob die Entscheidung Bl. — materiell begründet wäre. Im letzteren Falle dagegen war auf eine materielle Prüfung der ersten Entscheidung gar nicht einzugehen, weil diese, eben des Formfehlers wegen, als gar nicht vorhanden zu betrachten war. Da die zweite Instanz angenommen hat, daß die Verhandlung Bl. — der Vorschrift des §. 39. des Gesetzes vom 7. Juni 1849 nicht entspreche, so hat der Beklagte Dasjenige erlangt, was er an erster Stelle gewünscht hatte und neben dem eine Entscheidung in materialibus nicht denkbar war. Wenn die zweite Instanz dessenungeachtet die der Wechselklage zu Grunde liegenden Urkunden ihrer Form nach prüfte, so geschah dies, wie bereits oben gedacht, nur um deswillen, weil, wären diese Urkunden formell unzureichend gewesen, auf eine Wiederholung des Wechselverhörs gar nicht zu interloquiren gewesen wäre. Eine materielle Entscheidung liegt hierin nicht, und wenn der Beklagte die Abweisung der Wechselklage fordert, so übersieht er, daß ein definitiver Ausspruch über seine Ausstellung wider die Wechselklage sogar insofern eine reformatio in pejus enthalten könnte, als, wenn die Rationen der zweiten Instanz Bl. — gebilligt würden, er auch selbst des Rechtes, seine Einwendungen wider die Klage noch in dem künftigen Verhörstermine geltend zu machen, verlustig werden würde."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Herrfeldt ÷ Mosenthin, vom Monat Juni 1869. — Ger.-Amt Leipzig II.) =

11.

Begründung einer sogen. exceptio generalis.

„Die Appellation des Klägers ist insbesondere dagegen gerichtet, daß auf den Beweis des in der Anmerkung zum 21sten Einlassungsabschnitte Bl. — enthaltenen exceptivischen Vorbringens, als einer selbständigen Ausflucht, erkannt worden ist. Die Gründe, mit welchen der Kläger Bl. — diese Appellation zu begründen versucht hat, scheinen allerdings für den ersten Augenblick Vieles für sich zu haben. Bei näherer Prüfung sind sie jedoch nicht geeignet, eine den Wünschen des Klägers entsprechende reformatoria zu rechtfertigen.

Allerdings nämlich läßt sich, namentlich wenn man berücksichtigt, daß es nach der Entscheidung Bl. — zum Beweise der angegebenen Ausflucht nur dann kommen kann, wenn der Beklagte den dort erkannten Eid nicht leistet, wenn also in Gewißheit gesetzt wird, es habe der Kläger sich zu der Zurücknahme des Pferdes blos unter der Bedingung einverstanden erklärt, daß der Beklagte ihm ein anderes Pferd abkaufte, nicht verkennen, daß es in den beiden Thatsachen, nämlich der an den Kläger gerichteten Aufforderung des Beklagten, das Pferd innerhalb drei Tagen abholen zu lassen, und dem einige Zeit nach dieser Aufforderung liegenden Abholenlassen des Pferdes von Seiten des Klägers, an dem Zusammenhange fehlt, aus welchem zu folgern sein könnte, daß der Kläger dadurch sein Einverständniß mit der Wiederaufhebung des Kaufes stillschweigend zu erkennen gegeben habe. Und allerdings kann nach der Erl. Proceßordnung ad tit. XI. §. 4. auf Beweis einer sogen. exceptio generalis nur dann erkannt werden, wenn das Fundament derselben kürzlich und deutlich angegeben worden ist. Aber der Beklagte hat noch außerdem Bl. — angeführt, es habe der dort genannte F. bei der Aufforderung des Beklagten, das von dem Kläger am 31. Juli 1868 erkaufte dummkollerige Pferd diesem in sein Gut nach Döltzschen zu senden, im ausdrücklichen Auftrage des Klägers gehandelt. Wäre dies begründet, so würde darin das Einverständniß des Klägers mit der vom Beklagten vorgeschlagenen Aufhebung des Kaufes zu finden sein, weil, hätte der Kläger dem gedachten F. einen solchen Auftrag gegeben, namentlich wegen der Bezeichnung des Pferdes, als eines dummkollerigen, auf ein Anerkenntniß eines gesetzlichen Grundes zur Aufhebung des Kaufes zu schließen wäre. Wenigstens wird hiermit die Ausflucht des Beklagten, deren Tendenz nur die sein kann, daß der Kauf über das Pferd mutuo consensu wieder aufgehoben worden sei, soweit factisch begründet, daß den Ansprüchen genügt wird, welche nach der Erl. Proceßordnung ad tit. XI. §. 4. an dieselbe gemacht werden können. Die weitere Ausführung muß dem Beklagten für den Beweis vorbehalten werden, und es kann sich der Kläger durch das Beweiserkenntniß um so weniger beschwert fühlen, als ihm unbenommen bleibt, in dem Gegenbeweise auf Momente Bezug zu neh-

men, durch welche die Folgerungen wieder beseitigt werden, die sich aus den im Beweise ausgeführten Thatsachen möglicher Weise ergeben können.

Aus diesen Gründen war das vorige Urthel zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Kempe ÷ Pietsch, vom Monat August 1869. — Ger.-Amt Dresden.) =

12.

Die Vorschrift, daß domicilirte Wechsel auch selbst zur Erhaltung des Anspruches wider den Acceptanten protestirt werden sollen, ist auf das Verhältniß des Ausstellers eines Wechsels an eigene Ordre wider den Acceptanten ebenfalls zu beziehen; jedoch wird durch die Beobachtung dieser Vorschrift an dem Begriffe der Acceptation Etwas nicht geändert. — Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung.

„In dem vorliegenden Falle klagt der Aussteller des Bl. — abschriftlich befindlichen domicilirten Wechsels an eigene Ordre wider den Beklagten, als Trassaten und Acceptanten, auf Bezahlung der Wechselsumme sammt Zinsen und der Protestkosten und Spesen. Soviel die Wechselsumme sammt Zinsen anlangt, so ist die Klage nach dem Art. 23. Alinea 2. in Verbindung mit Art. 40. der allg. deutschen Wechselordnung unzweifelhaft gegründet. Dagegen könnte man vielleicht die Frage, ob der Beklagte auch die geforderten Protestkosten und Spesen zu bezahlen habe, als von der Beantwortung der Vorfrage abhängig betrachten, ob die Vorschrift des Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung, daß domicilirte Wechsel auch selbst zur Erhaltung des Anspruches wider den Acceptanten protestirt werden sollen, auf das Verhältniß des Ausstellers eines Wechsels an eigene Ordre wider den Acceptanten ebenfalls zu beziehen sei.

Zwar würde, wenn es selbst zur Erhaltung des im Art. 23. Alinea 2. der allgem. deutschen Wechselordnung erwähnten Anspruches auch bei domicilirten Tratten nicht eines Protestes Mangels Zahlung im Domicil des Wechsels bedürfte, der Anspruch auf die Protestkosten und Spesen schon nach Art. 81. der allgem. Wechselordnung begründet sein. Die oben angegebene Vorfrage ist aber auch zu bejahen. Wie nämlich Siebenhaar im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 16. S. 128 f. ausführt, liegt die ratio des Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung darin, daß bei den domicilirten Wechseln die Wechselschuld in ihrem Betrage nur dann als in volle Gewißheit gesetzt zu betrachten ist, wenn das Ausbleiben der Zahlung am Zahlungsorte und zur Zahlungszeit des Wechsels durch einen Mangels Zahlung erhobenen Protest dargethan wird. Diese ratio gilt auch für den Anspruch des Ausstellers an den Acceptanten, wenn es sich um einen domicilirten Wechsel handelt. Auch für die Rechte, welche der Aussteller aus der Acceptation erwirbt, bildet die Beobachtung der

im Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung vorgeschriebenen Solennität eine wesentliche Voraussetzung. An dem Begriffe der Acceptation wird dadurch Etwas nicht geändert. Ist der Vorschrift des angegebenen Artikels genügt, so dient dies blos zur Erhaltung der aus der Acceptation fließenden Rechte. Namentlich wird der Acceptant nicht etwa Garant des Wechsels. Es bedarf daher auch bei ihm nicht etwa der Beobachtung der für den Regreß vorgeschriebenen Solennität, insbesondere nicht der im Art. 45. und 47. der allgem. deutschen Wechselordnung erwähnten Notification, und ebensowenig gelten für den Anspruch an ihn die Vorschriften über den Regreß in Art. 78. und 79. der allgem. deutschen Wechselordnung, vielmehr bleibt er nach Art. 44. der allg. deutschen Wechselordnung Acceptant und es findet auf den Anspruch an ihn der Art. 77. der allg. deutschen Wechselordnung „der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten verjährt in drei Jahren, vom Verfalltage an gerechnet," Anwendung."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Schlobach ÷ Schaufuß, vom Monat August 1869. — Ger.-Amt Treuen.) =

13.

Ueber die sogen. Gesundheitsnachtheile als Scheidungsgrund. — Bürgerl. Gesetzbuch, §. 1742.

„Der Beklagte hat Bl. — wider das Bl. — befindliche Urthel lediglich mit Beziehung darauf appellirt, daß die Klägerin, nach der Publication des angegebenen Urthels, theils mit ausdrücklichen Worten, theils thatsächlich, durch Gestattung des Beischlafes, auf ihr Klagerecht verzichtet habe. Daß über dieses neuerliche Anführen, welches der Beklagte in der von der vorigen Instanz anher abgegebenen, wiederum zurückfolgenden Eingabe vom 19. Juli 1869 noch näher zu begründen versucht hat, auch selbst dann, wenn darin eine exceptio noviter emergens zu finden wäre, nicht ohne Weiteres in der gegenwärtigen Instanz zu entscheiden sein könnte, lag außer Zweifel. Aber nicht eben so unzweifelhaft erschien es, ob darin überhaupt ein für die Entscheidung erhebliches Moment enthalten wäre, vermöge dessen die Zurückweisung dieser Sache zur anderweiten Entscheidung in der ersten Instanz als gerechtfertigt zu betrachten sein könnte. Das Urthel Bl. — beruht nämlich auf der Vorschrift des §. 1742. des bürgerl. Gesetzbuchs, nach welcher eine Ehefrau Scheidung fordern kann, wenn sich aus einer ärztlichen Untersuchung ergiebt, daß wegen eines unheilbaren Gebrechens, an welchem sie leidet, aus der Ausübung des Beischlafes für sie Lebensgefahr entsteht. Der Scheidungsgrund ist hiernach die Lebensgefahr, in welcher sich die Ehefrau befinden würde, wenn sie, ungeachtet des Ausspruches des Arztes, zur

Fortsetzung der Ehe gezwungen werden sollte. Zwar versteht es sich von selbst, daß auch dann, wenn dieser Grund in Gewißheit gesetzt worden ist, eine Scheidung nicht wider den Willen der Ehefrau erkannt werden kann, sondern es sich dabei um ein Recht handelt, von dessen Ausübung die Ehefrau auch absehen kann. Aber ein Verzicht der Ehefrau auf das Recht selbst, die Scheidung aus diesem Grunde zu fordern, dürfte nicht wohl denkbar sein. Wenigstens enthält der §. 1742. hiervon Etwas nicht. Noch weit weniger kann daraus, daß die Ehefrau sich durch Gestattung des Beischlafes einer Lebensgefahr ausgesetzt hat, gefolgert werden, daß dieselbe dadurch des Rechtes, die Scheidung zu fordern, verlustig geworden sei.

Von Wichtigkeit ist unter diesen Verhältnissen namentlich, daß die Klägerin Bl. — den Behauptungen des Beklagten widersprochen hat, indem, hätte sie sich selbst früher mit dem Beklagten ausgesöhnt, immer nur wieder auf das ärztliche Gutachten Bl. — zurückzugehen und die Ehe auf Grund desselben zu scheiden sein könnte.

Indessen sind diese Bedenken gegen die Beachtlichkeit des Anführens des Beklagten Bl. — doch nicht von der Art, daß man sofort in der gegenwärtigen Instanz definitiv hätte entscheiden und dem Beklagten das processualische Recht auf eine Entscheidung in erster Instanz hätte entziehen sollen, da es doch nicht ausgeschlossen ist, daß die erste Instanz, nach Gehör der Parteien, einen Gesichtspunkt aufstellen könnte, nach welchem die vorstehenden Bedenken als erledigt zu achten sein müßten.

Unter diesen Verhältnissen hat man für angemessen befunden, in dem gegenwärtigen Urthel einen Vorbehalt zu machen, durch welchen die Entscheidung über das Anführen Bl. — zur Entscheidung in erster Instanz verwiesen wird."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Hacker ÷ maritum, vom Monat August 1869. — A.-Ger. Dresden.) =

14.

Interpretation einer für den Fall vorzeitiger Vertragsauflösung im Voraus geschehenen Entschädigungsfestsetzung.*)

„In der vorliegenden Rechtssache, welche insofern sehr einfach ist, als der Beklagte, wegen seines Ausbleibens im Termine zu Güte und Recht Bl. —, des Inhaltes der Klage Bl. — für geständig und überführt zu achten ist, hängt die Entscheidung von der Interpretation des §. 13. des Pachtcontractes Bl. — ab. Der angegebene §. lautet wörtlich so:

Würde Verpachter vor Ablauf der (sechsjährigen) Pachtzeit die verpachteten Immobilien verkaufen, so daß Pachter den Pacht

*) Wochenblatt f. m. R. Jahrg. 1870. S. 63 f.

räumen müßte, so hat Ersterer an Letzteren, wenn solches im ersten Jahre geschieht, eine Entschädigung von 500 Thlrn., im zweiten von 400 Thlrn., im dritten von 300 Thlrn., im vierten von 200 Thlrn. und in den beiden letzten Jahren von je 100 Thlrn. sofort noch vor der Räumung der erpachteten Localitäten Seiten des Pachters an diesen baar zu erlegen.

Auf die Interpretation einer einzelnen Vertragsbestimmung, wie der vorliegenden, hat namentlich die aus dem Vertrage in seinem Zusammenhange zu entnehmende Absicht der Vertragschließenden Einfluß; es sind, wenn aus dem Gesammtinhalte des Vertrages hervorgeht, welchen Zweck die Vertragschließenden mit der einzelnen Vertragsbestimmung verbunden haben, etwaige dunkle, eine verschiedene Auslegung zulassende, Worte oder Ausdrücke aus der muthmaßlichen Willensmeinung der Vertragschließenden zu erklären; es ist nicht umgekehrt die einzelne Vertragsbestimmung aus ihrem Zusammenhange zu reißen, und bei deren Erklärung ist namentlich nicht lediglich auf die Worte, in welche die Vertragschließenden ihre Willensmeinung eingekleidet haben, zu sehen, ohne Rücksicht darauf, ob mit der grammatischen Interpretation ein Ergebniß erlangt wird, welches mit den übrigen Vertragsbestimmungen, mit der muthmaßlichen Willensmeinung der Vertragschließenden in Widerspruch steht und die Harmonie des ganzen Vertrages stört.

Der oben wörtlich gegebene §. 13. des Pachtcontractes hat nun unzweifelhaft den Zweck, dem Verpachter, ungeachtet der vereinbarten sechsjährigen Dauer des Pachtcontractes, freie Hand in Beziehung auf den Verkauf des verpachteten Gasthauses zu verschaffen. In dem Pachtcontracte Bl.— wird nämlich die Dauer des Contractes auf sechs Jahre, vom 1. October 1866 bis dahin 1872, festgesetzt. Das Recht, den Contract vor Ablauf dieser Zeit durch Kündigung aufzuheben, ist weder dem Verpachter, noch dem Pachter vorbehalten worden. Nur in §. 11. Bl.— wird auf den Fall des Ablebens der Vertragschließenden während der festgesetzten Pachtzeit Rücksicht genommen, aber auch hier wird bestimmt, daß der Pachtcontract nicht ohne Weiteres für aufgehoben zu betrachten sein soll, wenn ein Vertragschließender während der Pachtzeit verstirbt, sondern es sollen die Erben desselben die Wahl haben, ob sie das Pachtverhältniß fortsetzen wollen oder nicht.

Unter diesen Verhältnissen hatte der Verpachter, wollte er sich nicht im Falle des Verkaufs seines Grundstücks allerhand Schädenansprüchen von Seiten seines Käufers und von Seiten des Pachters aussetzen, die dringendste Aufforderung, sich mit dem Pachter über die Entschädigung, welche im Falle eines Verkaufs zu zahlen sein sollte, im Voraus zu verständigen. So würde, um wenigstens die hauptsächlichsten Gesichtspunkte zu berühren, der Verpachter, hätte er das verpachtete Grundstück während der Pachtzeit verkauft und seinem

Käufer nicht die Fortsetzung des Pachtcontractes zur Pflicht gemacht, nicht blos dem Pachter, wegen Nichterfüllung des Pachtcontractes, nach §. 1222. des bürgerl. Gesetzbuchs (man vergl. auch Commentar, ed. II. Bd. 2. S. 281) schadenersatzpflichtig, sondern auch, wenn der Pachter von dem ihm nach §. 1225. des bürgerl. Gesetzbuchs (man vergl. auch Commentar a. a. O. S. 282) zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hätte, dem Käufer regreßpflichtig gewesen sein. Gegen beide Ansprüche stellte er sich durch den §. 13. des Pachtcontractes sicher, indem der Pachter, wenn er sich der Bedingung unterwarf, daß er im Falle eines Verkaufs des verpachteten Grundstücks während der Pachtzeit nur die dort angegebene Entschädigung erhalten sollte, nicht blos auf das Recht, nach §. 1222. des bürgerl. Gesetzbuchs Schadenersatz zu verlangen, sondern auch auf das im §. 1225. des bürgerl. Gesetzbuchs gedachte Recht, das erpachtete Grundstück erst nach einer Kündigung von Seiten des neuen Erwerbers zu räumen, verzichtete.

Beide vorige Instanzen haben den §. 13. des Pachtcontractes lediglich auf den Fall bezogen, wo der Pachter in Folge des Expulsionsrechtes des neuen Erwerbers zur Räumung des Pachtes gezwungen sein würde, und sie haben namentlich die Behauptung aufgestellt, daß die Worte: „so daß Pachter den Pacht räumen müßte", für die Beschränkung des §. 13. des Pachtcontractes auf diesen speciellen Fall sprechen. Dem hat man jedoch in der gegenwärtigen Instanz nicht beizutreten vermocht. Ist es schon an sich im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß bei der Schließung eines Pachtcontractes auf die aus dem Ingrossationssysteme fließenden eigenthümlichen Grundsätze über den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken Rücksicht genommen werden sollte, so ergiebt die Fassung des §. 13. des Pachtcontractes ganz klar an die Hand, daß die Vertragschließenden über den Verkauf der verpachteten Immobilien, nicht über den Eigenthumswechsel durch Eintragung des neuen Erwerbers im Grundbuche contrahirt haben. Namentlich würde die Vertragsbestimmung, wollte man sie so beschränken, wie es von den beiden vorigen Instanzen geschieht, dem Zwecke nicht entsprochen haben, welchen der Verpachter muthmaßlich damit zu erreichen beabsichtigt hat, weil er sich darnach im Falle des Verkaufes außer Stande befunden hätte, der Verbindlichkeit zur traditio vacuae possessionis dem Käufer gegenüber Genüge zu leisten. Auch weisen die Worte: „so daß Pachter den Pacht räumen müßte" nicht darauf hin, daß die Vertragschließenden blos an den Fall der Expulsion des Pachters auf Grund der Vorschrift im §. 1225. des bürgerl. Gesetzbuchs gedacht haben. Wie bereits oben bemerkt worden ist, sind mehrdeutige Worte in möglichster Uebereinstimmung mit der muthmaßlichen Absicht der Vertragschließenden zu interpretiren, und da nun der §. 13. blos den Sinn haben kann, es solle der Verpachter durch den auf sechs Jahre geschlossenen Pachtcontract an dem Verkaufe des erpachteten Grund-

stückes und namentlich an der traditio vacuae possessionis an den Käufer nicht gehindert sein, so sind die angegebenen Worte im Allgemeinen von dem Gegensatze eines Verkaufes, bei welchem sich der Käufer zur Fortsetzung des Pachteontractes nicht verbindlich machen würde, und eines Verkaufes, bei welchem der Käufer den Pachteontract mit übernehmen würde, zu verstehen.

Das „Müssen", von welchem im §. 13. die Rede ist, hat nicht die Bedeutung der Nothwendigkeit, in die der Pachter durch die Eintragung des neuen Eigenthümers in das Grundbuch versetzt werden würde, sondern die Bedeutung der Verbindlichkeit, das erpachtete Grundstück gegen Gewährung der im Voraus festgesetzten Entschädigung zu räumen, wenn der Verpachter das erpachtete Grundstück verkaufen sollte, ohne den Käufer zur Fortsetzung des Pachteontractes zu verpflichten. Könnte aber nach dem bisher Gesagten über die Interpretation der oben gedachten Worte ein Zweifel übrig sein, so würde sich derselbe doch durch den Schluß des §. 13. des Pachteontractes erledigen, weil darnach der Zeitpunkt, zu welchem das jedesmalige Entschädigungsquantum zu bezahlen sein soll, sogar noch vor die Räumung des Pachtes verlegt wird, dieser Zeitpunkt aber nach dem ganzen Zusammenhange nur der Verkauf des verpachteten Grundstücks, nicht die Expulsion des Pachters durch den Käufer, nach dessen Eintragung im Grundbuche, sein kann.

Daß nun der Fall, in welchem der Beklagte sich dem Kläger gegenüber zu Bezahlung einer Entschädigung verpflichtet hat, in der That eingetreten sei, kann nach den Angaben des Klägers in der Klage keinem Zweifel unterliegen. Der Beklagte hat dem Kläger durch das Telegramm Bl. — unter dem 31. Juli 1868 angezeigt, daß er das verpachtete Grundstück verkauft habe und deshalb genöthigt sei, dem Kläger den Pachtvertrag zu kündigen. In dem schriftlichen Pachteontracte stand aber dem Beklagten ein Kündigungsrecht gar nicht zu und es kann daher das Telegramm nur auf den §. 13. des Pachtcontractes bezogen werden, dessen Inhalt auch so verstanden werden kann, es solle der Beklagte das Recht haben, gegen Gewährung der Entschädigung den Pachtcontract durch die Anzeige des Kaufes über das verpachtete Grundstück für aufgelöst zu erklären. Jeder hierüber denkbare Zweifel verschwindet aber auch nach dem weiteren Inhalte der Klage Bl. —. Noch im Laufe des Monates August 1868 hat der Beklagte auf die Anfrage des Klägers, wenn er nun den Pacht zu räumen haben werde, die Antwort gegeben, daß er, der Beklagte, hierüber Nichts zu bestimmen habe, die Entschließung hierüber vielmehr dem Käufer, Friedrich, zustehe und der Kläger sich mit letzterem über den Zeitpunkt der Pachträumung zu verständigen habe. Der Kläger ist dieser Weisung des Beklagten gefolgt und hat sich mit gedachtem Friedrich dahin geeinigt, daß der Pacht am 1. October 1868 geräumt werden solle; es hat auch der Kläger die erpachteten Lokalitäten nebst dem dazu gehörigen Inventar sogar dem Beklagten selbst zurückgegeben.

Aller dieser Thatsachen, welche die Klage begründen, ist der Beklagte wegen Contumaz für geständig und überführt zu achten."

(Urthel des O.=A.=Ger. in Sachen Rockstroh ÷ Kretzschmar vom Monate August 1869. — Gerichtsamt Wolkenstein.) =

15.

Werden gegen eine Rechnung von deren Empfänger in einigen Beziehungen Ausstellungen erhoben, so ist aus dessen bloßem Stillschweigen über andere Ansätze derselben nicht deren Genehmigung zu folgern. — Ueber die Berücksichtigung der handelsrechtlichen Usancen.

„Die Appellation der Beklagten, soweit sie die beim ersten Klagpunkte in Streit befangenen 1 Thlr. 23 Ngr. 5 Pf. betrifft, ist zwar, da sie mit der Appellation wider den zweiten Klagpunkt in Zusammenhang steht und das Gesammtobjekt der Appellation über zwei Hundert Thaler beträgt, formell zulässig, aber materiell unbegründet. Die Beklagten haben nämlich, so viel den angegebenen ersten Klagpunkt anlangt, sich in ihrer Vertheidigung wider die Klage Bl. — auf die Behauptung beschränkt, daß der geklagte Rest an 1 Thlr. 23 Ngr. 5 Pf. durch Scontoabzug, zu welchem sie bei der Geschäftsverbindung mit dem Kläger berechtigt gewesen seien, ausgeglichen werde, indem die Gesammtsumme, welche der Kläger von ihnen zu fordern gehabt, 306 Thlr. 28 Ngr. 5 Pf. betragen habe, und wenn hiervon der übliche Scontoabzug von vier Procent abgerechnet werde, sich ein Guthaben von 12 Thlr. 4 Ngr. 5 Pf. für sie ergebe, durch welches der angegebene Rest mehr als vollständig gedeckt werde. Zur Bescheinigung dieser Einrede haben die Beklagten darauf Bezug genommen, daß der Kläger ihr Recht auf den Scontoabzug an 12 Thlr. 4 Ngr. 5 Pf. stillschweigend zugestanden habe, daß aber auch ein solcher Abzug zu vier Procent bei Geschäften der hier fraglichen Art üblich sei. In beiden Beziehungen ist aber den Beklagten die versuchte Bescheinigung nicht geglückt. So viel zunächst das behauptete stillschweigende Anerkenntniß des Klägers angeht, so ergiebt sich aus den Briefen Bl. — und Bl. — nur so viel, daß die Beklagten in einer Berechnung, welche sie dem Kläger unter dem 16. November 1867 brieflich mitgetheilt, einen Scontoabzug zu vier Procent aufgeführt haben und der Kläger in der Antwort hierauf zwar in anderen Beziehungen wider die Berechnung Ausstellungen gemacht, gegen den Scontoansatz von 12 Thlr. 4 Ngr. 5 Pf. aber Etwas nicht erinnert hat. Hieraus folgt jedoch nicht, daß der Kläger den Ansatz genehmigt habe. Wenn schon bei Aeußerungen und positiven Handlungen nach dem §. 98. des bürgerl. Gesetzbuchs es eine Sache der Beurtheilung des concreten Falles ist, ob daraus auf eine bestimmte Willenserklärung geschlossen werden könne, so gilt dies noch weit mehr von dem sogen. Stillschweigen (man vergl. Com=

mentar, ed. II. Bd. 1. S. 137 f.), auf welches sich die Beklagten berufen, wenn sie daraus, daß der Kläger wider den Scontoansatz keinen Einwand gemacht habe, auf das Einverständniß des Klägers mit diesem Ansatze schließen zu können glauben. Namentlich würde es, sollte diese Schlußfolgerung als begründet zu betrachten sein, der Angabe besonderer Umstände bedürfen, durch welche ein innerer Zusammenhang zwischen dem Stillschweigen und der daraus abgeleiteten Einwilligung hergestellt worden wäre, z. B. daß der Kläger zur speciellen Erklärung über die einzelnen Posten der Berechnung verpflichtet gewesen wäre, oder daß derselbe, wenn er sich überhaupt über die Berechnung erklärt, jede einzelne Post durchzugehen und sie entweder als richtig anzuerkennen oder als unrichtig zu bezeichnen gehabt hätte. An dergleichen besonderen Umständen, welche die Schlußfolgerung vermitteln, an den erforderlichen Gliedern in der Kette, mittelst deren man bei einem folgerichtigen Denken von dem Schweigen zu der Annahme einer darin enthaltenen Einwilligung gelangen könnte, fehlt es aber in dem vorliegenden Falle. Beide vorige Instanzen haben Bl. — und Bl. — die Mängel der von den Beklagten versuchten Bescheinigung näher nachgewiesen, und wenn hiergegen Bl. — immer wieder bemerkt wird, es finde die auf den oben angegebenen Briefwechsel basirte Schlußfolgerung in dem Handelsgebrauche Unterstützung, so genügt die Bemerkung, daß hierin etwas Weiteres nicht liegt, als ein völlig unmotivirtes Bestreiten der von den beiden ersten Instanzen entwickelten, auf logischer Grundlage beruhenden, Gründe.

So viel weiter die Beziehung der Beklagten auf die Ueblichkeit des Scontoabzuges betrifft, so stimmt man in der gegenwärtigen Instanz den Bl. — aufgestellten Ansichten bei. Wie im §. 28. des bürgerl. Gesetzbuchs (man vergl. auch Commentar a. a. O. S. 69 f.) ausgesprochen ist, liegt das entscheidende Moment für die Berücksichtigung der sogen. handelsrechtlichen Usancen in der aus den Verhältnissen zu entnehmenden muthmaßlichen Absicht der Interessenten, daß sie das in gleichartigen Fällen Gewöhnliche haben beobachten wollen. Das in den Gründen zu dem ersten Erkenntnisse Bl. — erwähnte Gutachten der handelsrichterlichen Gerichtsbeisitzer entspricht aber den Erfordernissen nicht, welche an dasselbe gemacht werden müßten, wenn darauf bei der Entscheidung der gegenwärtigen Sache ein Gewicht gelegt werden sollte, weil es, wie die vorige Instanz umständlich nachweist, nicht allein unbestimmt und unklar, sondern auch nur auf die Stadt Glauchau beschränkt ist, während es sich hier um ein Rechtsverhältniß handelt, welches an dem Wohnorte des Klägers entstanden ist und, sofern dafür handelsrechtliche Usancen maßgebend sein könnten, nur nach den dort geltenden zu beurtheilen sein könnte."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Meißner ÷ die Firma G. Bäßler und Comp., vom Monate August 1869. — Handels-Ger. im Bez.-Ger. Glauchau.)

16.

Ueber die Zulässigkeit eines Legaleides zu Ergänzung eines sachverständigen Gutachtens.

„Beide vorige Instanzen haben Bl. — und Bl. — die Ergebnisse des von dem Kläger geführten Beweises seiner Klage übersichtlich zusammengestellt und es beruht die Verschiedenheit der Entscheidungen im Wesentlichen blos darauf, daß die erste Instanz in den Zeugenaussagen und Gutachten Widersprüche gefunden, die zweite Instanz dagegen diese Widersprüche auf einfache Weise zu lösen gesucht hat. Das Königl. Oberappellationsgericht hat den Ansichten der zweiten Instanz beizutreten kein Bedenken getragen, findet auch den Rationen Bl. — irgend Etwas beizufügen nicht für nöthig, zumal der Beklagte Bl. — im Wesentlichen nur die Entscheidungsgründe der ersten Instanz, welche eben in der zweiten Instanz widerlegt worden sind, wiederholt hat. Nur etwa der Zweifel wäre möglich gewesen, ob der Beweis des Klägers für voll geführt anzusehen wäre. Aber auch hierin hat man dem Ausspruche der zweiten Instanz Bl. — beigepflichtet, indem es namentlich in Rechtssachen, in welchen die Entscheidung auf sachverständigem Gutachten beruht, es immer seine Bedenken haben muß, zur Ergänzung des sachverständigen Gutachtens auf einen Erfüllungseid oder zur Elidirung desselben auf einen Reinigungseid zu erkennen. Ob das von dem Kläger erkaufte Pferd zur Zeit des Kaufsabschlusses an dem Dummkoller gelitten habe oder nicht, kann nicht durch einen Eid der Kaufsinteressenten in Gewißheit gesetzt werden. Höchstens wäre der Eid auf das Vorhandensein von Symptomen des Dummkollers zu richten und auch in dieser Beziehung würde zu berücksichtigen sein, daß es ganz unzweifelhafte Symptome dieser Krankheit schwerlich geben dürfte."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Hempel ÷ Lippold, vom Monate August 1869. — Ger.-Amt Werdau.) ═

17.

Verlautbarung von Parcellenverschmelzungen im Grund- und Hypothekenbuche.*)

„Dem Gerichtsamte E. wird auf dessen berichtliche Anfrage, die Fassung der durch die darin bemerkte Dismembration erforderlich gewordenen Einträge im Grund- und Hypothekenbuche betr., Folgendes zu erkennen gegeben:

In der Regel hat allerdings bei Parcellenzergliederungen eine besondere Bezeichnung der neugebildeten Parcellentheile stattzufinden, und sind die Steuerbehörden auch dahin angewiesen. Allein nach der Ansicht des Königl. Ministeriums der Justiz,

*) Vergl. diese Zeitschrift, N. F. Bd. 26. S. 177 ff.

vergl. die in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 26. S. 178. abgedruckte Verordnung vom 13. Sept. 1864.

läßt sich nicht darauf bestehen, daß dieses Verfahren von den Steuerbehörden auch in solchen Fällen der Veräußerung und Erwerbung von Grund und Boden benachbarter Grundstücke angewendet werde, wo die Fläche, welche von dem einen Flurstücke abgetrennt wird, um dem angrenzenden anderen Flurstücke zugelegt zu werden, entweder so klein ist, daß es allzu schwierig, wo nicht unmöglich wird, die abgetrennte Fläche als abgesonderte Parcelle durch Bezeichnung mit Nummer und Buchstaben in der Flurkarte darzustellen, oder wo in Wirklichkeit eine Abgrenzung gegen das anstoßende Flurstück des Trennstückserwerbers durch äußerlich sichtbare Grenzzeichen wegen Vereinigung beider zu einer und derselben Culturart weder nothwendig, noch selbst dem hierauf gehenden Zwecke der Erwerbung entsprechend ist. In dergleichen Fällen läßt sich gegen die Methode der sogenannten Parcellenverschmelzung nicht ankämpfen, und die Grund- und Hypothekeneinrichtung muß sich nothgedrungen darnach bequemen.

Würde sich danach fragen können, ob es mit Rücksicht auf das bei derartigen Parcellenverschmelzungen unverändert bleibende Fortbestehen der Litteralbezeichnung der von der Zergliederung und Verschmelzung betroffenen Parcellen auf den bezüglichen Grundbuchsfolien nach §. 169. des Gesetzes vom 6. November 1843 einer besonderen Verlautbarung der mit dem Grundeigenthum vorgegangenen, der Sache nach auf eine bloße Grenzverlegung zwischen zwei Nachbargrundstücken hinauskommenden Aenderung im Grund- und Hypothekenbuche bedürfe, so erachtet doch das Königl. Appellationsgericht die Unterlassung einer solchen Verlautbarung um deswillen für bedenklich, weil nach §. 2. des Gesetzes das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erworben wird und hierbei ein Unterschied auf die Größe des Grundstücks, oder darauf, ob es seither einen selbstständigen Complex oder lediglich einen Parcellentheil gebildet hat, nicht gesetzt ist.

Deshalb muß auf dem Folium des durch Parcellenverschmelzung vergrößerten Grundstückes die Hinzuschlagung des betreffenden Parcellentheiles kund gemacht werden, und bringt alsdann die Vollständigkeit des Inhalts des Grund- und Hypothekenbuchs ebenso, wie die Nothwendigkeit der Bezugnahme im Hinzuschlagungseintrage auf die Abstammung des verschmolzenen Parcellentheiles es mit sich, daß auch auf dem Folium des Stammgrundstücks die Abtrennung verlautbart wird.

Die Fassung der betreffenden Einträge kann dahin bewirkt werden: „Hinzugeschlagen ein Trennstück von Nr. — des Flurbuchs, welches N. N. vom Besitzer des Grundstücks Fol. — für — Thlr. — Gr. — Pf. erkauft hat, und welches mit dem Flurstücke Nr. —

verſchmolzen worden und nunmehr darunter mit begriffen iſt laut — ꝛc.“,

reſp.

„N. N. hat von Nr. — des Flurbuchs ein Stück an M. M. für — Thlr. — Gr. — Pf. verkauft, welches auf Folium Nr. — mit dem Flurſtücke Nr. — verſchmolzen worden iſt.“

(Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Z. an das Ger.-Amt E., vom 12. Dec. 1864.) μ

18.

Hinzuſchlagung von Pertinenzen des einen Grundſtückes zu einem anderen Grundſtücke deſſelben Beſitzers (§§. 60. und 158. des Geſetzes vom 6. Nov. 1843; §. 83. der Verordn. vom 9. Jan. 1865).

Der Mühlenbeſitzer Chriſtoph E. zu Niederſch. wünſchte von ſeinem Pferdnergute zu Niederſch. 20 Acker 28 Quadratruthen abzutrennen und zu ſeinem in demſelben Orte gelegenen Mühlengute hinzuzuſchlagen. Da hierdurch von dem erſteren Gute mehr als das zuläſſige Drittheil abgetreunt wurde, ſo bat E. um Dispenſation von der entgegenſtehenden Beſtimmung in §. 3. des Geſetzes vom 30. November 1843. Bei dieſem Anlaß wünſchte die Königl. Kreisdirection zu Zwickau die Anſicht des Königl. Appellationsgerichts daſelbſt darüber zu vernehmen, ob — wie die Königl. Kreisdireetion annahm — §. 60. des Hypothekengeſetzes vom 6. November 1843, wonach der Beſitzer eines Grundſtückes daſſelbe dann zu einem anderen ihm zugehörigen Grundſtücke hinzuſchlagen laſſen könne, wenn es nicht ſchon Zubehörung eines Grundſtücks ſei (eine Vorausſetzung, welche eben im vorliegenden Falle, wo es ſich um zwei geſchloſſene Güter handelte, nicht zutraf), noch gegenwärtig in Geltung ſei, obſchon ſie ſich in dem bürg. Geſetzbuche und der Verordnung vom 9. Januar 1865, das Verfahren in nichtſtreitigen Rechtsſachen betr., nicht wiederholt finde.

Das Königl. Appellationsgericht zu Z. ſprach ſich hierüber in einem Communieat an die Königl. Kreisdirection vom 9. Nov. 1865 in folgender Weiſe aus:

„Man iſt mit der Königl. Kreisdireetion darüber vollkommen einverſtanden, daß, wenn auch in §. 60. des Geſetzes vom 6. Nov. 1843 dem Beſitzer mehrerer Grundſtücke die Hinzuſchlagung des einen zu dem anderen unter der Vorausſetzung geſtattet wird, daß das hinzuzuſchlagende Grundſtück nicht ſchon Zubehörung eines dritten Grundſtücks ſei, dieſe Beſchränkung, ungeachtet ſie weder in dem bürgerl. Geſetzbuche, noch in der Verordnung, das Verfahren in nichtſtreitigen Rechtsſachen betreffend, vom 9. Januar 1865 ausdrückliche Aufnahme gefunden, ihre Anwendbarkeit nicht verloren habe. Denn ſie verſteht ſich auch ohnedies von ſelbſt, da ein und daſſelbe Grundſtück der Natur der Sache nach nicht gleichzeitig Pertinenz *mehrerer* anderer Grundſtücke ſein kann. Allein andererſeits beſteht aus demſelben

Grunde jene Beschränkung eben nur so lange, als der Pertinentialnexus, auf welchem sie beruht, nicht gelöst wird. Ist Letzteres geschehen, so würde nach Ansicht des Königl. Appellationsgerichts auch aus §. 60. des Gesetzes vom 6. November 1843 ein Hinderniß betreffs einer Consolidation mit einem dritten Grundstücke nicht weiter abzuleiten gewesen sein; es ist dann eben das hinzuzuschlagende Grundstück nicht mehr Zubehörung eines anderen, sondern es ist dies nur gewesen, und daß Letzteres der Consolidation entgegenstehe, ist in §. 60. nicht gesagt.

Die Frage, um deren Beantwortung es sich dermalen handelt, dürfte sonach dahin zu formuliren sein, ob dem Besitzer eines auf Einem Folium eingetragenen Complexes von Grundstücken gestattet sei, auch außer dem Falle der Veräußerung einen Theil der einzelnen Zubehörungen abzutrennen und von dem Folium abschreiben zu lassen, sei es nun, daß er sie als ein besonderes Grundstück mit eigenem Folium fortbesitzen oder — wie im vorliegenden Falle — mit einem anderen, ihm gehörigen Grundstücke consolidiren will.

Diese Frage — bei deren Erörterung im Folgenden vorausgesetzt wird, daß der Abtrennung, beziehendlich Hinzuschlagung, weder vom Standpunkte der Verwaltungsbehörde aus, nach dem Gesetze vom 30. November 1843, noch auch vom Standpunkte der Grund- und Hypothekenbehörde aus mit Rücksicht auf die an den beiderseitigen Grundstücken bestehenden Hypotheken, Vor- oder Wiederkaufs- und ähnlichen Realrechte ein sonstiges Bedenken entgegenstehe — würde nach §. 158. des Gesetzes vom 6. November 1843*) nur für den dort gedachten speciellen Fall zu bejahen, im Uebrigen aber zu verneinen gewesen sein. Denn nach dem Schlußsatze dieses Paragraphen durften Pertinenzstücke, welche in derselben Ortsflur, wie das Hauptgut gelegen, nur im Falle einer Abtrennung durch besondere Veräußerung abgeschrieben werden.

Diese Vorschrift ist nun aber durch §. 83.**) der bereits erwähnten

---

*) §. 158. des Gesetzes vom 6. November 1843 lautet: „Nur dann, wenn auf dem Hauptgute keine Schulden haften, oder wenn anderen Falles die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen nach §. 57. die Einwilligung der Gläubiger in die Grundstücksabtreunung vom Richter ergänzt werden darf, können und sollen auf Antrag des Besitzers in einer anderen Flur gelegene Pertinenzstücke unter den Zubehörungen des Hauptgutes weggelassen oder abgeschrieben und in das Grund- und Hypothekenbuch des Ortes, wo sie gelegen sind, als für sich bestehende (walzende) Grundstücke eingetragen werden.

Bei den in einer und derselben Ortsflur mit dem Hauptgute belegenen Pertinenzstücken hingegen findet Solches, außer dem Falle einer Abtrennung durch besondere Veräußerung, nicht statt."

**) §. 83. cit. lautet: „Die Vorschriften des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betr., vom 6. Nov. 1843, und der zu Ausführung desselben erlassenen Verordnungen werden, soweit sie nicht im bürgerl. Gesetzbuche aufgenommen oder im Folgenden als fortbestehend anerkannt sind, von dem Zeitpunkte an aufgehoben, mit welchem das bürgerl. Gesetzbuch in Kraft tritt."

Verordnung vom 9. Januar 1865 aufgehoben, und hat weder in dieſer Verordnung, noch in dem bürgerl. Geſetzbuche Aufnahme gefunden. Die neuere Geſetzgebung enthält mithin keine ausdrückliche Entſcheidung der oben aufgeſtellten Frage, und es dürfte deshalb nur darauf ankommen, ob die Beſchränkung, welche im Schlußſatze des §. 158. des Geſetzes vom 6. November 1843 ausgedrückt war, ebenſo, wie die in §. 60. deſſelben Geſetzes enthaltene, eine aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältniſſes oder der Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher von ſelbſt folgende ſei oder nicht?

Nach Anſicht des Königl. Appellationsgerichts iſt das Letztere der Fall. Denn was zunächſt den Organismus der Grund- und Hypothekenbücher anlangt, ſo würde derſelbe kein Hinderniß bieten, die fraglichen Flurſtücke auf dem einen Folium mit der Bemerkung, daß ſie der Beſitzer mit einem anderen, ihm gehörigen Grundſtücke conſolidirt habe, ab- und auf das Folium des letzteren Grundſtückes hinzuzuſchreiben, wozu im vorliegenden Falle noch kommen würde, daß das Gerichtsamt Glauchau nach §§. 111. 112. 130. der Verordnung vom 9. Januar 1865 im Grund- und Hypothekenbuche ſeines Antheils von Niederſch. für die abgeſchriebenen Parcellen gleichzeitig ein ſogenanntes blindes Folium aufzuſtellen hätte. Demgemäß liegt es an ſich, wie auch in §. 219. des bürgerl. Geſetzbuchs anerkannt wird, in den Befugniſſen des Eigenthümers, mit den ihm gehörigen Sachen beliebige Veränderungen vorzunehmen, und dieſe Veränderungen können ſonach auch darin beſtehen, daß er mehrere ihm gehörige Sachen mit einander verbindet oder die eine derſelben theilt und den einen Theil mit dem anderen vereinigt. Sodann iſt weder in §§. 419. 420. 421. 513. 514. des bürgerl. Geſetzbuchs, noch in §. 131. der Verordnung vom 9. Januar 1865, noch endlich in dem Geſetze vom 30. November 1843 geſagt, daß die Dismembration eines geſchloſſenen Grundſtückscomplexes nur in dem Falle einer theilweiſen Veräußerung zuläſſig, außerdem aber ſchlechterdings unſtatthaft ſei. Wenn dies

vergl. Zeitſchrift für Rechtspflege u. Verwaltung, Bd. 11. S. 522. Note 22.

aus der in §. 5. unter b. der Ausführungsverordnung zum Geſetze vom 30. November 1843 (Geſetz- u. Verordnungsblatt, S. 259)*) enthaltenen Vorſchrift, daß in dem Dismembrationsanbringen die künftigen Erwerber der Trennſtücke anzugeben ſeien, hat gefolgert werden wollen, ſo dürfte dagegen zu erwägen ſein, daß dieſe Vorſchrift wohl zunächſt nur die Inſtandhaltung der Flurbücher und

*) §. 5. der angezogenen Ausführungsverordnung vom 30. November 1843 beſagt: „Dismembrationsgeſuche ſind bei der Grund- und Hypothekenbehörde anzubringen. Das Anbringen muß enthalten a) die Angabe der zum betreffenden Grundſtückscomplex pertinentialiter gehörigen Parcellen ꝛc.; b) die ſpecielle und genaue Angabe der davon zu veräußernden Parcellen ꝛc., ferner die Angabe der Namen ihrer Erwerber ꝛc.“

Steuercataſter im Auge hat und derſelben dadurch recht wohl genügt werden könnte, daß der Eigenthümer ſich ſelbſt als Erwerber bezeichnet. Uebrigens kann zugegeben werden, daß man bei Erlaſſung jener Verordnung ſowohl, als der übrigen vorerwähnten geſetzlichen Beſtimmungen von der Vorausſetzung ausgegangen ſein mag, eine Dismembration werde, außer dem Veräußerungsfalle, ſchwerlich beantragt werden, da der Eigenthümer außer dieſem Falle nicht leicht ein Intereſſe daran haben kann. Allein hätte dieſe letztere Rückſicht vielleicht auch dazu Anlaß geben können, die Beſchränkung in §. 158. des Geſetzes vom 6. November 1843 aufrecht zu erhalten, ſo iſt dies doch eben nicht geſchehen (wobei möglicher Weiſe die Erwägung maßgebend geweſen ſein kann, daß ſich jene Beſchränkung durch Scheinverkauf und Wiederankauf des abzutrennenden Theiles leicht würde umgehen laſſen), und ohne eine ſolche ausdrückliche geſetzliche Beſtimmung dürfte wenigſtens die Grund- und Hypothekenbehörde nicht befugt ſein, einem derartigen Vorhaben eines Grundſtücksbeſitzers entgegenzutreten.

Nach alledem iſt das Königl. Appellationsgericht der Anſicht, daß, wenn Seiten der Königl. Kreisdirection dem Eingangs genannten E. zu der beabſichtigten Abtrennung eines Theiles der Pertinenzen ſeines Gutes die erforderliche Dispenſation bewilligt, zur Conſolidation der Trennſtücke mit dem Mühlengrundſtücke Seiten des Gerichtsamtes Glauchau, beziehentlich der daſigen Gerichtsherrſchaft, die nach §. 210. der Verordnung vom 9. Januar 1865 bei der Verſchiedenheit der Jurisdictionsverhältniſſe beider Grundſtücke erforderliche Genehmigung ertheilt wird, und die an dieſen Grundſtücken beſtehenden Realrechte kein Hinderniß darbieten, die zur Ausführung der von E. beabſichtigten Veränderungen nöthigen Einträge im Grund- und Hypothekenbuche Seiten der betreffenden Grund- und Hypothekenbehörden nicht verſagt werden könnten ꝛc.“

Die von E. erbetene Genehmigung zur Dismembration iſt von der Königl. Kreisdirection zu Zwickau ſchließlich ertheilt worden. *μ*

19.

Verfahren bei Uebertragung der Folienentwürfe in das Grund- und Hypothekenbuch und bei den etwa hierzu nöthig werdenden Berichtigungen.

Generalverordnung der ehemaligen Commiſſion für Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher, vom 4. Mai 1846.*)

*) Da in neuerer Zeit, auf Grund der Beſtimmungen in §. 276. des bürgerl. Geſetzbuchs und in §. 7. der Einführungsverordnung vom 9. Januar 1865, ſehr häufig Folienentwürfe aufzuſtellen und in die Grundbücher überzutragen ſind, ſo iſt die Mittheilung obiger Generalverordnung, wegen der darin enthaltenen practiſchen Anordnungen, von weſentlichem Intereſſe. D. E.

„Die Königl. Commission für Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher hat wahrzunehmen gehabt, daß

I.

das Ueberschreiben der Entwürfe von aufgestellten Grundbuchsfolien in die Grund- und Hypothekenbücher selbst nicht überall fehlerfrei erfolgt, auch dabei noch dadurch zuweilen gefehlt wird, daß das Collationiren der Einträge zu spät, nämlich erst dann vorgenommen wird, wenn die Bemerkung der erfolgten Uebertragung aus dem Entwurfe, welche unter die Einträge in jeder Rubrik zu schreiben ist, bereits eingezeichnet ist. Hieraus muß aber der Uebelstand hervorgehen, daß Einträge, die bei der Reinschrift übersehen oder unrichtig übergeschrieben worden sind, ohne neue Verhandlung mit dem Grundstücksbesitzer und anderen Betheiligten nur vermittelst Zwischenschriften oder durch Bemerkungen in der Anmeldungsspalte berichtigt werden können, während doch Zwischenschriften im Grund- und Hypothekenbuche gesetzlich unzulässig sind, durch umfängliche Randbemerkungen aber leicht der ganze Raum in der Anmerkungsspalte, der im Laufe der ferneren Fortführung der Bücher höchst nöthig gebraucht wird, gleich von vorn herein erschöpft werden muß.

Indem daher die Commission die Grund- und Hypothekenbehörden hierdurch dringend veranlaßt, die Reinschriften der Grund- und Hypothekenbücher nur durch ganz sichere und zuverlässige Copisten besorgen zu lassen, damit sie völlig fehlerfrei erfolgen, so weist sie dieselben zugleich an, die Bemerkung des geschehenen Uebertrags aus dem Entwurfe, welche eben die Beglaubigung der erfolgten Einträge in sich schließt, durch den verpflichteten Grund- und Hypothekenbuchführer nicht eher vornehmen zu lassen, als bis die Reinschrift durch Vergleichung derselben mit dem ausgelegenen Entwurfe in Gewißheit gesetzt ist.

Sollte sich aber bei dieser Vergleichung wider Erwarten ergeben, daß Einträge übersehen oder unrichtig eingezeichnet worden seien, so sind die Vorschriften in §. 165. des Gesetzes vom 6. November 1843 und §. 49. der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844*) zur Richtschnur zu nehmen, und daher weder Rasuren noch Zwischenschriften anzuwenden, vielmehr ist dabei folgendes Verfahren zu beobachten:

Sind Schreibfehler in ganz einflußlosen Worten, Allegaten ꝛc. vorgekommen, so mögen diese, wiewohl ohne Rasur, ganz einfach berichtigt werden. Betreffen aber die Fehler mehr das Wesentliche der Einträge, z. B. das Datum der Hypothekenbestellung, die Hypothekennummer, Geldsummen, Namen der Gläubiger oder sonstigen Real-

*) §. 165. des Gesetzes vom 6. Nov. 1843 und §. 49. der Verordnung vom 15. Februar 1844 sind im Wesentlichen wiederholt in §. 184. der Verordnung vom 9. Jan. 1865, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betr. Vergl. übrigens die Anmerkungen von Wenk zu §. 184. cit. Anm. d. Eins.

berechtigten ꝛc., so ist zu unterscheiden, ob der Fehler nur einzelne wenige Worte oder ganze Sätze betrifft. Im ersteren Falle ist die Berichtigung im Eintrage, jedoch ohne alle Rasur, vorzunehmen, in der Anmerkungsspalte aber ist die Richtigkeit der eincorrigirten Worte, unter Wiederholung derselben, vom Grund- und Hypothekenbuchführer mit seiner Unterschrift und mit Angabe des Tages, an welchem sie erfolgt ist, zu bestätigen, z. B. so:

die Richtigkeit der Worte: „an das Königl. Rentamt N. N.“ versichert, am 6. November ....

N. N. Grund- und Hypothekenbuchführer.

oder:

die Richtigkeit der Flurbuchsnummern 85. und 86. versichert am ....

N. N. Grund- und Hypothekenbuchführer.*)

Sind aber größere Unrichtigkeiten verhangen oder Einträge ganz übersehen worden, so sind dieselben, unter Außerkraftsetzung des fehlerhaft eingeschriebenen Eintrages, am Schlusse noch nachzutragen. Käme aber ein solcher Fall in der dritten Rubrik vor und würde durch einen derartigen Nachtrag die Reihenfolge der mehreren Hypotheken nach ihrer auf Grund der Zeitfolge ihrer Entstehung sich richtenden Rangordnung alterirt werden, so sind alle dadurch betroffen werdenden Einträge vermittelst einer vom Grund- und Hypothekenbuchführer zu unterzeichnenden Bemerkung in der Anmeldungsspalte außer Kraft zu setzen und insgesammt nochmals vollständig und in der gehörigen Reihenfolge einzuschreiben.

Erst dann, wenn alles Das geschehen und der Uebertrag aus dem Entwurfe in das Grund- und Hypothekenbuch völlig berichtigt ist, kann und darf der Grund- und Hypothekenbuchführer die einzelnen Rubriken mit der Eingangs erwähnten Bemerkung des erfolgten Uebertrages versehen.“

20.

Für welche Grundstücke sind nach §. 7. der Einführungsverordnung vom 9. Januar 1865 Folienentwürfe anzulegen?

Die Gemeinden zu Lippersdorf und zu Wünschendorf, für deren Besitzungen Folien noch nicht angelegt waren, hatten eine jede ein Trennstück vom Gemeindeland an eine Privatperson verkauft, für welche Trennstücke Folien anzulegen waren. Das Gerichtsamt L. hatte zu diesem Behufe Entwürfe aufgestellt und an das Appellationsgericht zu Zwickau zur Prüfung eingesendet. — Das Appellations-

*) Nach §. 184. der Verordnung vom 9. Januar 1865 ist in der berichtigenden Seitenbemerkung noch zu erwähnen, daß die Berichtigung vom Gerichtsvorstande genehmigt sei. Anm. d. Eins.

gericht erließ hierauf unter dem 30. Januar 1870 folgende Verordnung:

„Dem Gerichtsamt L. werden die Anher eingesendeten Specialacten zu Fol. 92. des Grund- und Hypothekenbuchs für Lippersdorf und zu Fol. 81. des Grund- und Hypothekenbuchs für Wünschendorf mit dem Eröffnen zurückgegeben, daß eine Veranlassung zur Prüfung der Bl. — befindlichen Folienentwürfe unter dem Gesichtspunkt der Verordnung vom 16. December 1848 — Gesetz- u. Verordnungsblatt S. 357 — für das unterzeichnete Königl. Appellationsgericht nicht vorliegt, da dann, wenn Grundstücke, für welche nach den Bestimmungen des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 §. 153. Grundbuchsfolien nicht anzulegen gewesen sind, und bei denen auch fernerhin nach §. 7. der Ein- und Ausführungsverordnung zum bürg. Gesetzbuche vom 9. Januar 1865 die Folienanlegung vom Antrage der Eigenthümer abhängt und für welche deshalb auch bis jetzt Folien nicht angelegt worden sind, aus den Händen der bisherigen Eigenthümer, des Staatsfiscus, der geistlichen Lehne oder der Gemeinden — ganz oder theilweise in Privatbesitz übergehen, es der Einhaltung der in Abschnitt IV. des Hypothekengesetzes geordneten Verfahrens nicht bedarf, vielmehr ebenso, wie bei Veräußerung oder Dismembration von Grundstücken, die im Grund- und Hypothekenbuche bereits eingetragen sind, die Verlautbarung des Grundstücks, bez. Avulsenerwerbes, mittelst Anlegung eines sofort zu eröffnenden Grundbuchsfolii zu bewirken ist.

Aufsichtswegen hat Man jedoch der Prüfung der einschlagenden Eintragsconcepte sich unterzogen ꝛc." *μ*

21.

Zu §§. 109—112. der Verordnung vom 9. Januar 1865.

„Nach Bl. — hat der derzeitige Inhaber des Diaconates unter Zustimmung der Kircheninspection beantragt, daß für die zum Diaconatlehne gehörigen Flurparcellen Nr. 807. 808. 808 a., da deren Verkauf beabsichtigt werde, die Anlegung eines besonderen Grundbuchsfolium erfolge, was Bl. — sub Nr. 3015. geschehen ist.

Wenn hiernach zufolge §§. 109. 110. der Verordnung vom 9. Januar 1865 die aufgeführten Parcellen einen selbstständigen Grundstückscomplex bilden, so können sie auch nicht, wie Bl. — verlautbart ist, als Pertinenz des die übrigen Diaconatsgrundstücke betreffenden Folium 3014. behandelt werden.*) Namentlich passen auch

*) Die obgedachten Folien 3014. u. 3015. waren bereits in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen und erst nachträglich — in Folge der Verordnung vom 13. Mai 1867 — Justizministerialblatt vom Jahre 1867, S. 81 — an das Kön. Appellationsgericht zu Zwickau zur Prüfung eingesendet worden.

hierher nicht die Bestimmungen in §§. 111. 112. der allegirten Verordnung, so daß Fol. 3015. etwa als sogen. blindes Folium gelten könnte. Denn jene Bestimmungen beziehen sich nur auf Zubehörungen in dem Bezirke eines anderen Gerichts, und es ist danach die Vorschrift in §. 156. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843, wonach blinde Folien auch für Zubehörungen in einer anderen Ortsflur anzulegen waren, als nicht mehr gültig anzusehen.

Entweder sind daher die mehrerwähnten Parcellen, dafern sie aus dem Zubehörigkeitsverhältnisse ausscheiden sollen, auf Fol. 3014. durch einen Berichtigungseintrag in Wegfall zu bringen, oder andernfalls unter Schließung des Fol. 3015. auf ersterem Folium als Pertinenzen mittelst gleichen Eintrages nachzutragen. Ohnehin ist nicht recht abzusehen, weshalb lediglich eines beabsichtigten Verkaufs halber die Anlegung eines besonderen Folium für zweckmäßig hat erachtet werden können, da es solchenfalls künftig nur der Abschreibung von Fol. 3014. bedurft, beziehentlich, wenn der Erwerber die erkauften Stücke als ein selbstständiges Grundstück besitzen wollte, erst dann zur Aufstellung eines besonderen Folium Veranlassung sich ergeben haben würde."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zw. an das Gerichtsamt M., vom 3. Juli 1869.) *μ*

22.

Consolidation bereits eingetragener Grundstücke mit solchen, für welche Folienentwürfe erst noch aufzustellen sind; Erwerbungen, welche erst nach Inkrafttreten des bürgerl. Gesetzbuchs erfolgt sind.

a.

„Für den Gottesacker Nr. 372. a. des Flurbuchs besteht nach Inhalt der Specialacten Nr. 60. bereits ein Folium im Grundbuche für Culitzsch. Die Aufnahme dieses Flurstücks in den Entwurf scheint darauf zu beruhen, daß Bl. — die Consolidation derselben mit dem übrigen Besitzthum des Kirchenlehens beantragt und nach Bl. — als von der Kircheninspection für genehmigt zu erachten ist.

Da aber jenes übrige Besitzthum im Grundbuche erst mit der Einschreibung und Eröffnung des Folienentwurfs erscheint, während Fol. 60. zur Zeit eben schon besteht und auch noch nicht geschlossen ist, so entspricht die gewählte Form der Ausführung des Consolidationsantrags den zur Zeit der Stellung desselben vorhandenen Verhältnissen nicht.

Vielmehr ist diesfalls in der Weise zu verfahren, daß die Parcelle Nr. 372. a. nebst den darauf haftenden Ablösungsrentenbeiträgen zu-

nächst im Entwurfe weggelassen, derselbe also auf die Flurstücke Nr. 43. 44. 164. 165. beschränkt, nach Uebertragung des Entwurfs in das Grundbuch aber die Consolidation der Parcelle Nr. 372. a. mittelst besonderen, auf den Tag der Kundmachung zu stellenden Hinzuschlagungseintrags, also etwa dahin:

. . . 67. Hinzugeschlagen der Gottesacker Nr. 372. a. des Flurbuchs, welchen das Kirchenlehen zu Culitzsch vom Pfarrlehen daselbst um 300 Thlr. käuflich erworben, seither auf Fol. 60. des Grundbuchs besessen und nach Schließung dieses Folium mit dem Besitzthume unter 1. vereinigt hat,

vergl. — —

Hiervon sind zu entrichten

a) — —

b) — —

alljährlich in das Pfarrgut Nr. 14. des Grundbuchs laut Rentenabtheilung vom 3. November 1860, Grund- und Hypothekenacten Nr. 60. Bl. —

verlautbart, auch gleichzeitig das Fol. 60. mittelst Eintrages auf solchem und unter Bezugnahme auf die Consolidation geschlossen wird."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt K., vom 17. Juni 1867.)

b.

„In den Grundacten für das Schullehen zu W. befindet sich ein Tauschvertrag, Inhalts dessen Carl Heinrich O. zu W. gewisse Grundstücke — nämlich die Parcelle Nr. 193. des Flurbuchs und dreißig Quadratruthen von Parcelle Nr. 192. vom Schullehen überlassen erhält, wogegen das Schullehen von ihm neununddreißig Quadratruthen Areal — die, wie es scheint, von einer aus den vorliegenden Acten nicht der Flurbuchsnummer nach zu ersehenden Parcelle abgetrennt werden sollen — eintauschte, welches Trennstück mit der dem Schullehen gehörigen Parcelle Nr. 192. verschmolzen werden soll.

Es ist nun ganz richtig, wenn der Folienentwurf für das Schullehen — welcher den bei der Ueberschreibung in das Grundbuch vorhandenen Bestand darstellen soll — die Parcelle Nr. 193. nicht mit aufführt.

Dagegen ist, da der Erwerb der neununddreißig Quadratruthen, welche das Schullehen eingetauscht hat, durch Urkunden nachweisbar ist, diese neununddreißig Quadratruthen aber gegenwärtig noch nicht als Eigenthum des Schullehens betrachtet werden können, weil nach dem bürgerl. Gesetzbuche §. 276. der Erwerb von Eigenthum an Grundstücken nur durch Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche erfolgen kann, welcher Eintrag bisher schon deshalb noch nicht hat geschehen können, weil ein Folium für das Pfarrlehen noch nicht eröffnet war, mit der Hinzuschlagung dieser 39 Quadratruthen zu dem Schullehen noch Anstand zu nehmen, bis der Entwurf in das Grund-

und Hypothekenbuch übergetragen sein wird*). Es wird sodann seiner Zeit auf Rubrik I. ein besonderer Eintrag zu erfolgen haben, etwa in folgender Weise:

> Hinzugeschlagen 39 Quadratruthen von Parcelle Nr. — des Flurbuchs, welches Trennstück von Carl Heinrich O. tauschweise an das Schullehen überlassen und mit Parcelle Nr. 192. verschmolzen worden ist, laut Vertrags vom 16. Juni 1868.

Wenn aber das Trennstück etwa eine besondere Flurbuchsnummer erhalten sollte, so würde in dem betreffenden Hinzuschlagungseintrage diese Nummer zu verlautbaren sein (Hinzugeschlagen Nr. —).

Diesem Eintrage wird das Datum der Einschreibung desselben in das Grund- und Hypothekenbuch vorzusetzen und am Schlusse das Allegat derjenigen Actenstelle, wo die Abschrift des Tauschvertrags und der Nachrichten über die erfolgte Dismembration und Parcellenverschmelzung sich befinden, nachzusetzen sein."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt A., vom 8. Februar 1870.) *μ*

23.

Allgemeine Bemerkungen über Anlegung von Grundstücksfolien und Folienentwürfen (Benutzung der Besitzstandsverzeichnisse; Numerirung der Folienentwürfe; Vollständigkeit der Grundacten; Nachholung des öffentlichen Ausrufs; öffentliche Wege; Schließung eines unstatthafter Weise angelegten Folii).

a.

„Die Besitzstandsverzeichnisse sind ihrer Entstehung und Bestimmung nach nicht geeignet, als Nachweis für die Eigenthumsverhältnisse (bei der Anlegung von Folien und Folienentwürfen) zu dienen, sie können jedoch als Anhalt für die Aufstellung der ersten Rubrik der betreffenden Folien benutzt werden. Nur hat sich die Hypothekenbehörde nicht allein darauf zu verlassen, sondern dieselben mit den betreffenden Interessenten durchzugehen und sich sonst auf geeignete Weise von der Richtigkeit und Vollständigkeit derselben zu überzeugen."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt Lengefeld, vom 1. Juli 1865.)

b.

„Da die Einträge Bl. 3. noch nicht in das Grundbuch übergeschrieben worden sind, dieselben also, wie an sich zu geschehen hat,

---

*) Die Uebertragung des Entwurfs in das Grund- und Hypothekenbuch konnte schon vor dem Inkrafttreten des bürgerl. Gesetzbuchs nicht als ein modus acquirendi dominii angesehen werden, vergl. diese Zeitschrift, Bd. 32. S. 459. Anm. d. Eins.

als Folienentwurf im Sinne des vierten Abschnittes des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 behandelt werden können, so ist zu Bl. 3. noch die Nummer beizufügen, welche das Folium im Grundbuche für W. erhalten wird ꝛc."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt M., vom 3. Juli 1869.)

c.

„In einzelnen Actenstücken fehlt es an glaubhaften Nachweisen darüber, mit welchen Nummern des Flurbuchs die einzutragen gewesenen Parcellen bezeichnet seien, indem die letzteren von den Inhabern der betreffenden Lehne nur im Allgemeinen als „Wald", „Wiese", „Feld" u. s. w. aufgeführt worden sind. Präsumtiv ist nun allerdings das Gerichtsamt durch die in Folge von §. 57. der Ausführungsverordnung zum Hypothekengesetze vom 15. Februar 1844 und §. 125. der Verordnung vom 9. Januar 1865, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betreffend, bei den Grund- und Hypothekenbüchern befindlichen Flurbuchsauszüge in den Stand gesetzt gewesen, die mangelnden Flurbuchsnummern bei Anlegung der Entwürfe zu ergänzen. Es wäre jedoch angemessen gewesen, darüber, aus welchen Quellen das Gerichtsamt die Angabe der Flurbuchsnummern in den Entwürfen geschöpft habe, auch eine kurze Notiz zu den Grundacten zu bewirken, und wolle das Gerichtsamt diese zur wünschenswerthen Vollständigkeit der Grundacten dienlichen Bemerkungen, wo sie ermangeln, noch nachträglich zu den Acten bringen."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt A., vom 8. Februar 1870.)

d.

Das Gerichtsamt P. hatte, vor dem Erscheinen der Verordnung vom 13. Mai 1867 — Justizministerialblatt S. 81 — Folienentwürfe für gewisse Gemeindegrundstücke aufgestellt und in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen. Unter diesen Grundstücken befanden sich die der Altgemeinde zu M., für welche Grundstücke, da die Altgemeindegrundstücke nicht zu den in §. 153. des Gesetzes vom 6. Nov. 1853 ausgenommenen gehören, schon bei Anlegung des Grund- und Hypothekenbuchs ein Entwurf aufzustellen und nach §. 234. des angezogenen Gesetzes mit zum Ausruf zu bringen gewesen wäre. Als nun später die gedachten Folien in Gemäßheit der Verordnung vom 13. Mai 1867 dem Königl. Appellationsgerichte zu Zwickau zur Prüfung vorgelegt wurden, sprach sich dasselbe über das nunmehr einzuhaltende Verfahren in einer Verordnung vom 22. Januar 1870 in der nachstehenden Weise aus:

„Anlangend die für die Grundstücke der politischen Gemeinde und der Altgemeinde zu Mechelgrün angelegten Folien, so ist — — gegen den Entwurf (für die Grundstücke der Altgemeinde) eine weitere

Einwendung nicht zu erheben, es ist jedoch noch erforderlich, daß der Entwurf für die Grundstücke der Altgemeinde noch in Gemäßheit von §. 234. des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843, zum öffentlichen Ausruf gebracht werde. Sind dann binnen der in §. 234. cit. gedachten Frist Einwendungen gegen diesen Entwurf nicht erfolgt, so ist mit der Uebertragung desselben in das Grund- und Hypothekenbuch zu verfahren, was — da neuere Einträge auf dem betreffenden Folio zur Zeit nicht erfolgt und den bisherigen Einträgen Daten der geschehenen Einschreibung nicht vorzusetzen gewesen sind — unter den vorwaltenden Umständen und wenn nicht besondere, nicht aus den vorliegenden Acten sich ergebende Bedenken entgegenstehen sollten, dadurch geschehen kann, daß seiner Zeit auf demselben die in §. 118. der Verordnung vom 15. Februar 1844 gedachte Uebertragsbemerkung angebracht werde, wobei jedoch dafür Sorge zu tragen sein wird, daß in die das Grundstück betreffenden Specialacten, welche gegenwärtig die Bemerkung über den erfolgten Eintrag der Concepte enthält, eine Notiz gebracht werde des Inhalts: daß dieser Eintrag zur Zeit als nicht geschehen zu betrachten und die Concepte der Einträge nur als Folienentwurf im Sinne von §. 234. des Grund- und Hypothekengesetzes anzusehen seien. Sollten sich in Folge erhobener Einwendungen die Entwürfe ändern, so würde etwas Anderes nicht übrig bleiben, als das jetzt angelegte Folium 33. völlig zu cassiren und den Entwurf an einer anderen Stelle in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen."

e.

Bei dem Gerichtsamte im Bezirksgerichte zu Z. reichten der Stadtrath zu Z. in Vertretung der Stadtgemeinde daselbst und das Directorium des Z.er Steinkohlenbauvereins einen Vertrag ein, Inhalts dessen die Stadtgemeinde dem gedachten Verein das Recht zum Abbau der Steinkohlen auf der mit Nr. 1426. bezeichneten Wegeparcelle gegen Abgabe des Zehnten überlassen hatte. Gleichzeitig wurde das Gesuch um Anlegung eines besonderen Folii für diese Parcelle und um Verlautbarung des Abbaurechts auf diesem Folium gestellt. Die Parcelle 1426. war im Flurbuche als Communicationsweg nach P. eingetragen.

Das Gerichtsamt legte nun — übrigens ohne einen weiteren Nachweis des Besitztitels für die Stadtgemeinde zu erfordern, da Communicationswege in der Regel ein Eigenthum der Gemeinde seien — für die Parcelle Nr. 1426. ein Folium unter Nr. 1706. im Grund- und Hypothekenbuche an und verlautbarte darauf den errichteten Abbauvertrag.

Später ergab sich, daß schon damals die Parcelle Nr. 1426. in die Parcellen Nr. 1426. und 1426. a. getheilt war, und daß der obige Vertrag nur auf Parcelle 1426. a. sich bezog. Es wurde nun der Antrag auf Berichtigung der Einträge gestellt.

Hierbei erhob sich nun aber die Schwierigkeit, daß inmittelst die Verordnung vom 31. December 1866 — Justizministerialblatt S. 24 — erschienen war, nach welcher von Anlegung von Folien für Communicationswege abgesehen werden soll; daß ferner ein Folium für den Z.er Steinkohlenbauverein, auf welchem das Abbaurecht an Parcelle 1426. a. hätte eingetragen werden können, überhaupt noch nicht bestand.

Diese Angelegenheit kam zur Cognition des Königl. Appellationsgerichts zu Zwickau in Folge einer vom Directorium des Steinkohlenbauvereins erhobenen Beschwerde. Hierbei lagen dem Appellationsgerichte in der Hauptsache die beiden Fragen vor:

1) ob das Folium 1706., auf welchem auch der beregte Steinkohlenabbauvertrag eingetragen war, wiederum zu schließen sei?
2) ob für Parcelle Nr. 1426. a. ein besonderes Folium angelegt werden könne?

In Folge eines nicht weiter hierher gehörigen Umstandes glaubte das Appellationsgericht, die Entschließung auf die Beschwerde zuvörderst dem Königl. Justizministerium überlassen zu müssen, welches jedoch die Sache zur Beschlußfassung an das Appellationsgericht zurückwies und zugleich demselben eine vom Justizministerio unter dem 17. Juni 1868 an den Stadtrath zu Z. erlassene Bescheidung, als für die Sache einschlagend, abschriftlich zugehen ließ.

Diese Bescheidung nämlich war auf eine Vorstellung des genannten Stadtrathes zu Z., die Aufstellung von Grundbuchsfolien für öffentliche Wege betreffend, ergangen. Das Königl. Ministerium sprach sich in derselben dahin aus, daß es auch bei nochmaliger Erwägung sich nicht bestimmt finden könne, von der in der Verordnung vom 31. December 1866 (Justizministerialblatt S. 24) zum Abdruck gelangten Entschließung, nach welcher von Anlegung von Grundbuchsfolien für öffentliche Wege abzusehen sei, wieder abzugehen. Denn wenn auch nach §. 276. des bürgerl. Gesetzbuchs, verbunden mit §. 7. der Verordnung, die Ein- und Ausführung des bürgerl. Gesetzbuchs betreffend, vom 9. Januar 1865, das System der Eintragung in das Grundbuch auf Staatsgüter, geistliche Güter und auf Gemeindegrundstücke ausgedehnt worden sei, so sei doch hieraus nicht schon mit unbedingter Nothwendigkeit die Folgerung abzuleiten, daß auch für öffentliche, dem privatrechtlichen Verkehre entzogene Wege, seien sie fiscalische oder sogenannte Communicationswege, Grundstücksfolien anzulegen seien, vielmehr habe sich die Staatsregierung, wie auch aus den speciellen Motiven zu §. 276. des bürgerl. Gesetzbuchs (§. 287. des Entwurfs) hervorgehe (Abdruck der Motiven S. 666), ausdrücklich vorbehalten, noch darüber besondere Bestimmung zu treffen, ob auch öffentliche Wege dem Ingrossationsprincipe zu unterziehen seien, oder nicht. Nachdem hierauf die Gründe entwickelt worden, aus denen die Freihaltung der öffentlichen Wege von dem Principe des

Ingrossationssystems sich als zweckmäßig empfehle, wurde noch Folgendes gesagt:

„Die Anlegung von Folien wenigstens für solche öffentliche Wege anzuordnen, unter deren Oberfläche dem Vermuthen nach Steinkohlen oder sonstiges abbauwürdiges Material vorhanden, vermag das Justizministerium ebensowenig als Bedürfniß anzuerkennen. Denn wie es schon überhaupt bedenklich fallen müßte, hinwiederum eine Ausnahme von jener Ausnahme zu gestatten und nach Befinden umfängliche Erörterungen über das Eigenthum an der Erdoberfläche, ungeachtet letztere als Verkehrsobject zur Zeit gar nicht in Frage gelangt, lediglich im Privatinteresse dessen anstellen zu lassen, der einen Anspruch auf Abbau des etwaigen Unterirdischen zu haben vermeint, so würde auch — die Existenz von Grundbuchsfolien für öffentliche Wege einmal angenommen — durch die bloße Negative der Abschreibung des Kohlenabbaurechtes auf dem pflichtigen Grundstücke an sich dem Abbauberechtigten nicht wesentlich gedient sein, insbesondere das fragliche Abbaurecht selbst hierdurch nicht nachgewiesen, während es demselben, sofern er das ihm zustehende Abbaubefugniß rechtlich als ein selbstständiges Vermögensrecht behandelt wissen wollte und dieses Recht als solches ein dem Handel und Wandel unterliegendes besonderes Vermögensobject zu bilden geeignet wäre,

zu vergl. Justizministerialblatt 1867. S. 48 ff. die daselbst zum Abdruck gelangte Specialverordnung vom 16. Januar 1867,

jedenfalls unbenommen sein würde, wegen Anlegung eines besonderen Grundbuchsfoliums für ein derartiges, auf eine bestimmte Wegstrecke sich beziehendes Recht die Genehmigung des Justizministeriums einzuholen, möge nun für diese Wegstrecke selbst ein Folium bestehen oder nicht."

Demgemäß sprach sich das Königl. Appellationsgericht in einer an das Gerichtsamt im Bezirksgerichte zu Z. unter dem 14. October 1868 erlassenen Verordnung

a. über die oben unter 2. berührte Frage dahin aus, daß, nach Maßgabe der Verordnung vom 31. December 1866, die Aufstellung eines Foliums für die Parcelle Nr. 1426. a. unstatthaft sei.

Was hingegen

b. die oben unter 1. gedachte Frage (ob das für Parcelle Nr. 1426. aufgestellte Folium Nr. 1706. zu schließen sei?) anlangt, so gab das Appellationsgericht der Hypothekenbehörde wörtlich Folgendes zu erkennen:

„Von selbst geht hieraus (i. e. aus dem Grundsatze, daß öffentliche Wege im Grund- und Hypothekenbuche nicht zu verlautbaren sind) hervor, daß es Bedenken, die aus der Sache selbst abzuleiten wären, nicht haben würde, mit Schließung des Fol. 1706. vorzugehen, und es erscheint diesfalls auch nicht erforderlich, zu dieser Maßnehmung die ausdrückliche Zustimmung des Stadtrathes zu ver-

langen, da nach dem Obigen die Anlegung des Folium auf einem unzulässigen Verfahren beruht und die Stadtgemeinde durch dessen Schließung in ihren etwaigen Eigenthumsrechten keineswegs beeinträchtigt werden könnte.

Gleichwohl hat Man Anstand nehmen müssen, jene Schließung von hier aus ohne Weiteres anzuordnen, sofern Bl. — gegen den Wegfall der Verlautbarung seines auf Fol. 1706. eingetragenen Abbaurechtes Seiten des Directoriums des Z.er Steinkohlenbauvereins Widerspruch erhoben worden ist.

Allerdings gebricht es dem letzteren zweifelsohne an der nöthigen rechtlichen Begründung. Denn wie bei der Erwägung, daß, sobald der obenerwähnte Communicationsweg Gegenstand eines Grundbuchsfolium nicht sein kann, durch die Schließung des für eine Strecke desselben eröffneten Folium ohnehin die Rechte des Vereins nicht berührt und alterirt werden, es also der Bl. — verlangten besonderen Wahrung dieser Rechte gar nicht bedarf, so muß ferner einleuchten, daß der Verein, nachdem er anerkannt hat, das Abbaurecht nicht in Bezug auf die Parcelle Nr. 1426., sondern rücksichtlich der Parcelle Nr. 1426. a. erworben zu haben, nicht in der Lage sich befindet, auf der Beibehaltung eines thatsächlich unrichtigen Eintrags zu bestehen. Eben so ungerechtfertigt ist aber auch das Verlangen desselben Bl. —, daß das Abbaurecht auf anderen für Gemeindegrundstücke bestehenden Grundbuchsfolien eingetragen werden solle, da diese ganz andere Flurparcellen betreffen, mithin insoweit die nach §. 124. der provisorischen Verordnung vom 9. Januar 1865 bestimmten factischen Voraussetzungen des Eintrags in alle Wege nicht vorliegen.

Allein die grund- und hypothekenrichterliche Thätigkeit ist auf die Grenzen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit beschränkt, und es würde demgemäß, falls der Z.er Steinkohlenbauverein nicht freiwillig zur Aufgabe seines Widerspruchs sich herbeilassen sollte, dem Stadtrathe anheimgestellt bleiben müssen, denselben hierzu im geordneten Proceßwege anzuhalten ꝛc."

24.

Zu §§. 4. u. 6. der Verordnung vom 4. August 1866, die Anlegung von Grundbuchsfolien für die Staatsforstreviere betr.

„Besage der schon angezogenen Verordnung des Königl. Finanzministeriums sind die fiscalischen Grundstücke Fol. 152. u. 167. des Grundbuchs für Einsiedel unter dem Gerichtsamte G. als Zubehörungen des Dittersdorfer Forstreviers auf dessen (von dem Gerichtsamte Z. anzulegenden) Folium mit einzutragen.

Da diese Grundstücke nicht nur unter fremder Jurisdiction liegen, sondern auch bereits ein Grundbuchsfolium haben, so weicht der gegenwärtige Fall einigermaßen von den in §§. 4. und 6. der Verordnung vom 4. August 1866 vorausgesetzten Verhältnissen ab.

Wenn im Schlußsatze von §. 4. angeordnet wird, daß nach Eintragung des bisher mit einem eigenen Folium versehenen Grundstücks als Zubehörung auf dem Folium des Forstreviers, zu welchem es entweder schon bei Anlegung dieses Foliums gehörte, oder zu welchem es später hinzugeschlagen wird, das bisherige besondere Folium im Grundbuche mit Angabe des Grundes zu schließen, ferner zufolge §. 6. wegen der zu einem Forstreviere gehörigen Forsthäuser, welche im Bezirke eines anderen Gerichtsamtes liegen, als desjenigen, welches die Gerichtsbarkeit über das Forstrevier auszuüben und folglich das Folium für dasselbe anzulegen hat, den Bestimmungen in §§. 111. 112. 130. der Verordnung vom 9. Januar 1865 nachgegangen und daher das andere Gerichtsamt, da nöthig, zur Anlegung eines besonderen (sogen. blinden) Foliums im Wege der Requisition veranlaßt werden soll, so scheint angenommen werden zu müssen, daß man zunächst davon ausgegangen ist, wie im Falle der §. 4. das bisher mit einem eigenen Folium versehene Grundstück unter der Jurisdiction des nämlichen Gerichts gestanden habe, welches die Gerichtsbarkeit über das Forstrevier auszuüben hat, nicht minder, wie im Falle der §. 6. für das unter fremder Jurisdiction gelegene Grundstück ein Grundbuchsfolium noch nicht angelegt worden sei.

Denn aus den Vorschriften in §§. 210. 211. verbunden mit §§. 111. 112. 130. der Verordnung vom 9. Januar 1865 ergiebt sich, daß, dafern zu einem Grundstücke ein unter der Gerichtsbarkeit einer anderen Grund- und Hypothekenbehörde gelegenes Grundstück geschlagen werden soll, das für letzteres bestehende bisher selbstständige Grundbuchsfolium nicht vollständig zu schließen, sondern im Sinne von §. 112. der bemerkten Verordnung als sogen. blindes Folium fortzuführen sein würde.

Im Allgemeinen ist nun auch hierauf bereits Bl. — hingedeutet und namentlich angeordnet worden, daß dem Gerichtsamte Ch. von der Verlautbarung der fraglichen Grundstücke auf dem Revierfolium Mittheilung gemacht werde, damit dasselbe in Gemäßheit der Bestimmung in §. 111. der Verordnung vom 9. Januar 1865 auf den als sogen. blinde Folien fortbestehenden Folien jener Grundstücke die erforderliche Bemerkung wegen ihres Zubehörigkeitsverhältnisses bewirke.

Diese Weisung ist vom Gerichtsamte noch in Obacht zu nehmen, wiewohl nach §. 4. der Verordnung vom 4. August 1866 erst dann, wenn der Entwurf des Foliums für das Staatsforstrevier in das Grundbuch übergeschrieben worden sein wird.

Sofern aber gemäß §. 210. der Verordnung vom 9. Januar 1865 die Hinzuschlagung eines unter der Gerichtsbarkeit einer anderen Grund- und Hypothekenbehörde gelegenen Grundstücks nur mit Einwilligung der Letzteren zulässig ist, und diese Bestimmung durch die Verordnung vom 4. August 1866 in Bezug auf Staatsforstreviere nicht für aufgehoben erachtet werden kann, erscheint es nöthig, daß

das Gerichtsamt zu Z. zuvor noch mit dem Gerichtsamte Ch. nach Anleitung von §. 211. der allegirten Verordnung in das Vernehmen tritt.

Sollte Seiten der letzteren Behörde die Einwilligung zur Hinzuschlagung ausgesprochen werden, so kann mit der Ueberschreibung des Entwurfs in das Grundbuch — wobei die Vorschrift in §. 118. der Verordnung vom 15. Februar 1844 zu befolgen ist — verfahren werden, nur ist die Verlautbarung der Einsiedler Grundstücke in Rubrik I., da die dafür bestehenden Grundbuchsfolien, wie erwähnt, nicht völlig zu schließen, sondern als blinde Folien fortzuführen sind, also nicht wohl, wie im Entwurfe nach dem einen etwas anderen Fall voraussetzenden Eintragsschema der §. 4. der Verordnung vom 4. August 1866 geschehen ist, sich sagen läßt, daß die Grundstücke vorher im Grundbuche für Einsiedel eingetragen gewesen sind, abzuändern und dahin zu fassen:

„Darunter befinden sich

a) das aus den Flurstücken Nr. ... des Flurbuchs für Einsiedel bestehende Grundstück (Fol. 152. des Grundbuchs),

b) das ꝛc. ...

beiderseits unter dem Gerichtsamte Ch."

Trüge dagegen letztgenanntes Gerichtsamt Bedenken, die Einwilligung zur Hinzuschlagung zu ertheilen, so würde das Gerichtsamt Z. vor Allem hierüber an das Königl. Finanzministerium berichtliche Anzeige zu erstatten und Seiten des Letzteren weitere Weisung sich zu erbitten, bis dahin aber mit der definitiven Aufstellung des Entwurfs und beziehentlich dessen Ueberschreibung Anstand zu nehmen haben.

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt Z., vom 5. Januar 1869.) *μ*

25.

Zur Behandlung der ersten Rubrik bei den in §. 7. der Einführungsverordnung vom 9. Januar 1865 gedachten Grundstücksfolien.

a.

„Nach dem Besitzstandsverzeichnisse besteht die Parcelle Nr. 182. aus Kirche und Gottesacker. Es ist daher, falls nicht ein besonderes Bedenken insbesondere daraus sich ergeben sollte, daß nach Bl. — schon ein Folium Nr. 185. besteht, bei der Ueberschrift des Eintrags Rubrik I. hinzuzusetzen: „und Gottesacker."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt Z., vom 6. März 1868.)

b.

„Das Pfarrlehen zu Dittersdorf betreffend. Nach Bl. — ist angegeben, daß die hier in Frage kommende Parcelle Nr. 498. zum

Weißbacher Pfarrlehen gehöre, und Bl. — ist nur von einem künftigen Pfarrlehen zu Dittersdorf die Rede.

Es kann daher bei dem Folienentwurfe nur dann verbleiben, wenn in Dittersdorf ein besonderes Pfarrlehen begründet und dieser Ort, welcher nach Weißbach eingepfarrt gewesen zu sein scheint, ausgepfarrt worden wäre, was allerdings nach Bl. — wohl noch nicht der Fall ist.

Das Gerichtsamt wird daher hierauf erst noch weitere Erörterungen zu richten haben.

Sollte sich dabei herausstellen, daß ein besonderes Pfarrlehen in Dittersdorf nicht bestünde, so würde die Parcelle Nr. 498. auf dem Folium des Weißbacher Pfarrlehens nach- oder doch letzteres als Eigenthümer im jetzigen Folienentwurfe für jene Parcelle einzutragen, diesfalls aber zugleich zu erwägen sein, inwiefern nach den obwaltenden Parochialverhältnissen der gesammte Complex des Lehens nicht als Eigenthum des Pfarrlehens „zu Weißbach mit Dittersdorf" oder „der Parochie Weißbach" verlautbart werden müßte.

Es ist insoweit zu erinnern, daß bei vereinigten Kirchspielen, es mögen Mutter- und Tochterkirchen oder Schwesterkirchen zu einem Kirchspiele vereinigt sein, der Regel nach zwar das geistliche Eigenthum jedes Kirchenvereins in abgesonderten Verhältnissen und ohne Theilnahme der einen Gemeinde an den Rechten und Verpflichtungen der anderen bleibt, daß aber auch das geistliche Vermögen in gemeinschaftlichen Beziehungen zu dem ganzen Kirchspiele stehen kann, dafern die Kirche oder insbesondere die Pfarre der vereinigten Gemeinden ganz oder theilweise gemeinschaftlich sind.

v. Weber, Kirchenrecht, Bd. II. §. 95. S. 571. 573. verbunden mit §. 75. S. 385.

(Aus derselben Verordnung.)

c.

—— „Ferner sind in den sämmtlichen Einträgen (d. i. den ersten Einträgen der ersten Rubrik) die diesfalls ergangenen Requisitionen der Kirchen- und Schulinspectionen als Unterlage angezogen worden. Als solche können diese Requisitionen nicht gelten, wie es denn überhaupt nicht für angemessen zu achten ist, dem ersten Eintrage auf der ersten Rubrik ein Actenallegat beizufügen. Es sind daher diese Bezugnahmen in Wegfall zu bringen." *)

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt F., vom 6. November 1867.)

*) Obwohl das Gesetz vom 6. November 1843 §. 163. und die Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 §. 46. (ebenso, wie die Verordnung vom 9. Januar 1865 §. 177.) von der allgemeinen Vorschrift des jedem Eintrage beizufügenden Actenallegates auch bei dem ersten Eintrage der ersten Rubrik keine Ausnahme machen, sondern bei diesem Eintrage nur die Vorsetzung des Datums für unstatthaft erklären, so enthalten doch die der Aus-

d.

(Unter die städtischen Gemeindegrundstücke zu Z. gehörten auch die Parcellen Nr. 1432. (Mühlgraben) und Nr. 1433. (Krebsgraben). Die Grund- und Hypothekenbehörde hatte Bedenken getragen, diese Grundstücke in das anzulegende Folium mit aufzunehmen, im Hinblick auf die Verordnung vom 31. December 1866, die Erledigung eines Zweifels — — über die Aufnahme des Bettes fließender Gewässer in das Grund- und Hypothekenbuch betreffend (Justizministerialblatt, S. 24), woselbst es als der Sachlage entsprechend bezeichnet werde, daß auch bei Folien, deren Anlegung nach §. 7. der Verordnung vom 9. Januar 1865 gegenwärtig im Werke sei, von Aufnahme der Betten fließender Gewässer oder der Antheile an solchen, insoweit solche nach dem Flurbuche nicht bereits den anliegenden Grundstücken mit zugemessen seien, bis auf Weiteres Umgang genommen werde.)

„Nach dem Verzeichnisse Bl. — ist beantragt, daß auf Fol. — auch eingetragen werden die Parcellen Nr. 1432. und 1433. des Flurbuchs (Mühlgraben und Krebsgraben). Nach Bl. — dürfte anzunehmen sein, daß beide Gräben aus besonders vermessenen Parcellen bestehen und von der Stadtgemeinde zu Z. zu den Zwecken, denen sie jetzt dienen, erst angelegt worden seien. Unter diesen Umständen würde nach der Ansicht des Königl. Appellationsgerichts nicht Grund vorliegen, sie der Verordnung vom 31. December 1866 zu unterstellen; da jedoch der Stadtrath zu Z. die betreffenden Folienentwürfe genehmigt und sich nur bezüglich der gedachten Gräben den Antrag auf Anlegung eines Foliums vorbehalten hat, so hat Man von einer desfallsigen Anordnung auf Berichtigung des Entwurfs absehen zu müssen geglaubt."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt im Bez.-Ger. zu Z., vom 26. November 1867.)

e.

„Das Gemeindeland zu Gornau betreffend. Der Eintrag Rubr. I. unter 1. mag noch mit der Ueberschrift: „Gemeindeland" versehen und unter B. der Aufführung des Spritzenhauses nach Maßgabe des Besitzstandsverzeichnisses der Zusatz „mit Dorfraum" beigefügt werden."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt Z., vom 6. März 1868.)

f.

„Das Gemeindeland zu Krummhermersdorf betreffend. Unter den Zubehörungen vermißt man den Dorfraum Nr. 1. a. des Flur-

führungsverordnung vom 15. Februar 1844 beigefügten Formulare bei dem ersten Eintrage auf der ersten Rubrik ein Actenallegat nur bezüglich vorgekommener Ablösungsrecesse (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 71. 81. 87. 99. 107.) und bei einem Widerspruche des Besitzers gegen die Pertinentialqualität einer Parcelle (S. 111). Anm. d. Eins.

buchs. Da die Parcelle nur theilweise Dorfweg enthält, so wird dieselbe noch nachzutragen sein."

(Aus derselben Verordnung.)

g.

„Der Bezeichnung des Flurbuchs als desjenigen zu F. bedarf es nicht, da der Entwurf in das Grund- und Hypothekenbuch für diesen Ort zum Eintrag gelangt. Es ist daher diese Bezeichnung in der ersten Rubrik in Wegfall zu bringen."

(Aus einer Verordnung desselben App.-Ger. an das Gerichtsamt C., vom 18. November 1867.) μ

26.

Zur Behandlung der zweiten Rubrik bei den in §. 7. der Einführungsverordnung vom 7. Januar 1865 gedachten Grundstücksfolien.

a.

Nach Bl.— und Bl.— der allegirten Acten sind auf den Folien— und — die Schulgemeinden zu St. M. und zu W. eingetragen.

Allein der Regel nach und soweit nicht das Vorhandensein eines anderen Sach- und Rechtsverhältnisses speciell nachgewiesen werden kann, ist das Schulvermögen, unter welchem auch die zu Schulzwecken bestimmten Grundstücke mit zu verstehen sind, zumal wenn ihre vollständige oder modificirte Benutzung dem jeweiligen Schullehrer als ein Theil seines Amtseinkommens mit zugewiesen ist,

v. Weber, Kirchenrecht, Bd. 2. §. 75. S. 385. (2te Ausg.)

nicht als im Eigenthum der betreffenden Schulgemeinden befindlich, sondern als den Schulanstalten selbst, den sogenannten Schullehnen gehörig zu betrachten, welche in sofern als juristische Personen erscheinen*),

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 28. S. 267.

Es fragt sich mithin auch gegenwärtig, ob nicht anstatt der Schulgemeinden vielmehr die Schullehne einzutragen gewesen wären.

Es mag daher das Gerichtsamt nicht anstehen, zunächst die Eigenschaft der betreffenden Grundstücke als wirklicher Schullehne noch näher zu erörtern ꝛc.

(Aus einer Verordn. des Königl. A.-Ger. zu Zw. an das Gerichtsamt im Bez.-Ger. zu Z. vom 6. März 1868.)

b.

„Das Schullehen anlangend, so befinden sich zu E. zwei Schulen und es hat jeder der bei diesen Schulen angestellten beiden Lehrer —

*) Vergl. diese Zeitschrift, N. F. Bd. 32. S. 473. Anm. d. Eins.

nach Inhalt der von denſelben zu den Grundacten erſtatteten Anzeigen — beſondere Grundſtücke zu benutzen. Es iſt daher auch von jedem dieſer Grundſtückscomplexe ein beſonderes Folium entworfen worden, auf deren zweiter Rubrik das Schullehen zu E. als Eigenthümer eingetragen, während in Rubrik I. beide Grundſtücke durch die Ueberſchriften: „erſte Schule," „zweite Schule" unterſchieden worden ſind.

Man hat hiegegen auch Etwas nicht zu erinnern, wobei man jedoch von der Vorausſetzung ausgeht, daß das Gerichtsamt ſich vergewiſſert habe, daß in E. auch wirklich nur ein einziges Schullehen beſtehe. Sollten zwei Schullehne exiſtiren, d. h. zwei Vermögenscomplexe, welche ein jeder für ſich beſonders gegründet wären und demgemäß auch beſonders verwaltet würden und mit abgeſonderten vermögensrechtlichen Befugniſſen und Verpflichtungen beſtänden, — was allerdings nicht zu vermuthen iſt, — ſo würden dieſe Schullehne auch im Beſitzereintrage von einander zu unterſcheiden und daher als erſtes oder zweites Schullehen aufzuführen ſein."

(Aus einer Verordnung des Königl. Appellationsgerichts zu Zwickau an das Gerichtsamt A. vom 8. Februar 1870.)

c.

„Dafern weder der Zeitpunkt, noch der Rechtstitel, zu und unter welchem das Kirchenlehen zu Bärenwalde das Eigenthum an der Kirche Nr. 90a. und an dem urſprünglichen Beſtande des Gottesackers Nr. 90b. des Flurbuchs erworben hat, ermittelt werden kann, verbleibt es zwar in ſoweit bei der Faſſung des Beſitzereintrags.

Anders dagegen verhält es ſich mit dem Flurſtück Nr. 92c.

Der Eigenthumserwerb des Kirchenlehens beruht Inhalts der Acten Rep. T. auf der Abtretung des Trennſtücks Seiten des Pfarrlehens. Dieſe Abtretung bildet aber einen genügenden Erwerbstitel, ohne daß es einer weiteren grund- und hypothekenrichterlichen Concurrenz und insbeſondere einer Beleihung nach früherem Rechte bedurft hätte.

Denn bis zum 1. März 1865, wo das bürgerl. Geſetzbuch und damit, gemäß §. 276. deſſelben, die Vorſchrift in Geltung getreten iſt, daß Eigenthum an Grundſtücken nur noch durch Eintrag des Erwerbers in das Grundbuch erworben werden kann, war bei Staats-, geiſtlichen und Gemeindegrundſtücken zum Eigenthumserwerbe eine Lehensreichung nicht erforderlich, vielmehr, in Uebereinſtimmung mit den bezüglichen gemeinrechtlichen Grundſätzen, namentlich ſchon die auf Eigenthumsübertragung gerichtete Uebergabe oder die derſelben gleichſtehende, behufs des Eigenthumserwerbes und mit Bewilligung des bisherigen Eigenthümers erfolgte Beſitzergreifung genügend,

Siebenhaar, Commentar zum bürgerl. Geſetzbuch, Bd. 1. S. 257. 258.

Was demnächſt den urkundlichen Nachweis der Abtretung, ſowie

den Zeitpunkt der Uebergabe oder der Besitzergreifung für das Kirchenlehen betrifft, so geben hierunter die Acten zur Zeit einen specielleren Aufschluß in sofern nicht, als eine besondere Abtretungserklärung des Vertreters des Pfarrlehens nicht niedergeschrieben worden zu sein scheint und ebensowenig eine formelle Beurkundung des Uebergabeactes an die Vertreter des Kirchenlehens sich vorfindet.

Sollte indessen auch in beiderlei Hinsicht weiterer Nachweis nicht beizubringen sein, was noch näher erörtert werden mag, so würde doch durch die in den angezogenen Acten enthaltenen, im Eintragsentwurfe bereits allegirten Vorgänge die Abtretung selbst mindestens factisch außer Zweifel gesetzt werden und als äußerster Zeitpunkt des Eigenthumsüberganges der 1. September 1857 zu betrachten sein, von wo an nach der pfarramtlichen Anzeige Bl. — die Parcelle Nr. 92c. als Gottesacker wirklich verwendet worden, also die definitive Besitzergreifung geschehen ist*).

Hieraus ergeben sich nun folgende Berichtigungen des Besitzereintrags.

Da letzterer eventuell nicht mit Datum, Besitztitel und Urkundenallegat versehen werden kann, soweit es sich um die Kirche Nr. 90a. und den ursprünglichen Bestand des Gottesackers Nr. 90b. handelt, andererseits aber der Anschein vermieden werden muß, als ob das für den Erwerb des Flurstücks Nr. 92b. maßgebende Datum auch auf das Eigenthum an den ersteren Immobilien zu beziehen sei, so wird Nichts übrig bleiben, als der Deutlichkeit halber zwei gesonderte Einträge zu entwerfen.

In dem ersteren ist ohne vorangesetztes Datum und ohne Angabe des Erwerbstitels das Kirchenlehen zu Bärenwalde als Eigenthümerin der Kirche Nr. 90a. und des Gottesackers Nr. 90b. des Flurbuchs — in letzterer Beziehung, dafern die Verschmelzung von Nr. 90b. und 92c. bereits erfolgt, also Nr. 92c. in Rubrik I. nicht aufzutragen sein sollte**), mit dem Zusatze des „ursprünglichen Theiles" zu verlautbaren und überdies Bl. — zu allegiren.

Dagegen ist dem andern, mit Nr. 2. zu bezeichnenden Eintrage das Datum der Uebergabe oder Besitzergreifung — eventuell also 1. September 1857 — vorauszuschicken, sodann die Besitzer- und Erwerbstitelangabe etwa dahin:

> Das Kirchenlehen zu Bärenwalde erhielt die Parcelle Nr. 92c. oder eventuell: ein von der Parcelle Nr. 92b. abgetrenntes, anfänglich mit Nr. 92c. bezeichnetes, nachmals aber mit dem Got-

---

*) Vergl. diese Zeitschrift, N. F. Bd. 32. S. 471.

**) Es war nämlich ein Stück der im Besitz eines Dritten befindlichen Parcelle Nr. 92 b. abgetrennt, zur Vergrößerung des Gottesackers Nr. 90 b. bestimmt, und vorbehältlich der später in Anwendung zu bringenden gemischten Parcellenbezeichnung — mittelst deren dies Trennstück mit Nr. 90 b. verschmolzen werden sollte — einstweilen mit Nr. 92 c. bezeichnet worden.

tesacker Nr. 90b. verschmolzenes Stück Grund und Boden von dem Pfarrlehen zu Bärenwalde abgetreten,

zu bewirken, weiter mit der bereits vorliegenden Angabe der Urkunden, denen noch eventuell die Genehmigung der Parcellenverschmelzung, sowie der Nachweis der Uebergabe oder Besitzergreifung — nach Befinden also pfarramtliche Anzeige vom 17. September 1860— beizufügen ist, fortzufahren und endlich das Actenallegat anzuschließen, bei welchem an zweiter Stelle noch das Actenblatt nachzutragen sein wird, wo die Beurkundung der Uebergabe oder Besitzergreifung sich findet."

(Aus einer Verordnung des Königl. A.=Ger. zu Zw. an das Gerichtsamt K. vom 17. Juni 1867.)

d.

„Bl. — der Acten wird von der Hospitalinspection die Hospitalkirche mit Gottesacker Nr. 209 und der Gottesacker Nr. 247a. des Flurbuchs als zum Hospitallehen gehörig bezeichnet und für letzteres die Anlegung eines Foliums beantragt.

Gleichwohl ist Bl. — als Besitzer der gedachten Immobilien das Kirchenlehen eingetragen worden, während Bl. — sich die Bemerkung findet, daß für das übrige Bl. — angegebene Besitzthum des Hospitallehens ein Folium schon früher eröffnet worden sei.

Der Eintrag Bl. — steht hiernach mit der Erklärung der Hospitalinspection nicht im Einklange.

Nun ist man zwar allhier nicht in der Lage, zu beurtheilen, worauf die gedachte Abweichung beruht. Allein es ist hervorzuheben, daß es bei dem Hospitallehen, wie auch der Antrag Bl. — anzudeuten scheint, sich recht wohl um ein wirkliches geistliches Institut, d. h. um eine Anstalt, die mit eignen kirchlichen Einrichtungen für die Pfründner versehen ist, im Gegensatz von solchen milden Stiftungen handeln kann, deren Verwaltung und Direction nicht den kirchlichen Behörden untersteht,

v. Weber, Kirchenrecht, Bd. 2. S. 568. 569.

Jedenfalls wirft sich also die Frage auf, ob der Eintrag des Kirchenlehens anstatt des Hospitallehens als richtig gelten kann und durch solchen nicht eine Beeinträchtigung des Hospitalvermögens herbeigeführt worden sein würde.

Das Gerichtsamt mag daher eine nochmalige Prüfung des eigentlichen Sachverhalts vornehmen ꝛc."

(Aus einer Verordnung des Königl. A.=Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt S. vom 6. März 1868.)

e.

„Laut Bl. — bilden seit dem Jahre 1827 die Ortschaften Oberscb. und Niederscb. eine Parochie.

Mit Rücksicht auf die hiernach vorauszusetzende Gemeinschaftlichkeit des geistlichen Vermögens,

v. Weber, Kirchenr. Bd. 2. §. 85. S. 487. §. 95. S. 571. kann in Frage kommen, ob dieses Verhältniß in sofern einen hinreichend deutlichen Ausdruck erhalten habe, wenn das Kirchen- und Pfarrlehen im Grundbuch für Oberseh. ohne weiteren Zusatz eingetragen worden ist. Namentlich würde es den Anschein gewinnen können, als ob es sich hierunter blos um das geistliche Vermögen der Ortschaft Oberseh. handle.

Unzweideutig würde sich das Sachverhältniß ergeben, wenn in den Besitzereinträgen bei der Angabe des betreffenden Lehens der Zusatz: „Oberseh. mit Niederschl." oder: „der Parochie Oberseh." eingeschaltet worden wäre.

Auch hierüber ist die Vertretung der Lehen noch zu hören 2c."

(Aus derselben Verordnung.)

f.

„Nach Bl. — scheint angenommen werden zu müssen, daß das jetzt auf das Schullehen eingetragene Grundstück, nachdem solches Inhalts des Kaufsvertrags Bl. — von der Gemeinde zu L. erworben worden, zunächst auf einem für das Gemeindeland eröffneten Folium verlautbart gewesen sei, von welchem es dann bei Anlegung des Folium für das Schullehen abgeschrieben worden. Dafür spricht auch der Inhalt des den Acten beigefügten Besitzstandsverzeichnisses, in welchem die Parcelle Nr. 48. sich mit aufgeführt findet.

Wenn nun an sich aus dem Kaufe Bl. — weder hervorgeht, daß das Grundstück von der Gemeinde für Schulzwecke erworben worden sei, noch sonst sich ersehen läßt, wenn etwa durch Verwendung desselben zu diesen Zwecken später ein Eigenthumserwerb für das Schullehen eingetreten sei, andererseits aber die Gemeinde in Folge des Eintrags der Parcelle auf dem Gemeindefolium wenigstens formell das Eigenthum daran bis zur erfolgten Abschreibung für sich gehabt hat und diese Abschreibung erst zu einer Zeit erfolgt ist, wo die Vorschrift in §. 276. des bürgerl. Gesetzbuchs bereits vorlängst Geltung erlangt hat, so muß es allerdings als zweifelhaft erachtet werden, ob das Schullehen das Eigenthum am Grundstücke nunmehr überhaupt noch anders, als durch den Eintrag, habe erlangen können. Für die letztere Anschauung würde namentlich das Moment noch geltend zu machen sein, daß das Eigenthum an der Parcelle Nr. 48., nachdem solche auf einem Grundbuchsfolium eingetragen worden, auch schon gemäß §. 2. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843*) fortan nur durch grundbücherliche Eintragung hätte erlangt werden können.

Als weitere Folge hiervon mußte es betrachtet werden, daß das Folium für das Schullehen überhaupt nicht als Folienentwurf behandelt werden könnte, vielmehr hierunter das nämliche Verhältniß

*) Vergl. §. 276. des bürgerl. Gesetzbuchs.

eingetreten wäre, welches stattfindet, wenn von dem Complexe eines Folium eine Zubehörung abgetrennt und dafür ein besonderes Folium angelegt wird.

Im gegenwärtigen Falle hat Man es daher bei der Datirung des Besitzereintrags Bl. — bewenden zu lassen gehabt und nur so viel würde noch zu bemerken sein, daß nach der actenkundigen Sachlage den Rechtsgrund für den Erwerb Seiten des Schullehens nicht sowohl der Kauf zwischen der Gemeinde und dem früheren Besitzer, als vielmehr die Ueberlassung oder Bestimmung des Grundstücks für Schulzwecke bilden würde" 2c.

(Aus einer Verordn. des Königl. A.=Ger. zu Zwickau an das Ger.=Amt S. vom 6. März 1868.)

g.

„Das Gerichtsamt hat die Einträge auf Rubrik II. in folgender Weise entworfen:

Der Königl. Sächs. Staatsfiscus erwarb den Grund und Boden von N. N.*)

Wenn das Gerichtsamt beabsichtigte, hiermit den Erwerbsgrund anzugeben, so würde der Entwurf des Besitzereintrags nicht für vollständig angesehen werden können, da es alsdann noch specieller Angaben und namentlich auch der Bezugnahme auf die betreffenden Urkunden oder auf die sonstigen entscheidenden Verhandlungen bedurft haben würde, während gegenwärtig nur das von der Königl. Staatseisenbahndirection zu den Acten gebrachte Verzeichniß über den Besitzstand der Staatseisenbahn im Bereich des Gerichtsamtes, ausgestellt unter dem 5. April 1869 Bl. — und der Bl. —, befindliche Auszug aus den betreffenden Flurbuchsnachträgen in den Besitzereinträgen erwähnt worden sind, welche Verzeichnisse als Erwerbsurkunden nicht angesehen werden können. Auch würde, wenn der Erwerbsgrund auf Rubrik II. hätte angegeben werden sollen, den Besitzereinträgen alsdann auch das Datum des Erwerbes vorzusetzen gewesen sein.

Wenn aber das Gerichtsamt die Verordnung vom 16. September 1868: „Abänderungen, beziehentlich Erläuterungen der Verordnung 2c. vom 13. November 1867 betr.," Gesetz= u. Verordn.=Bl. S. 889, hat zur Richtschnur nehmen wollen, in welcher Verordnung — S. 890 — hervorgehoben wird, daß es bei denjenigen Staatsgütern, welche nicht in Staatsforstrevieren bestehen, ebenso wenig, wie bei den letzteren selbst, einer Angabe des Rechtsgrundes zur Eigenthumserwerbung bei dem Eintrag des Königl. Sächs. Staatsfiscus auf Rubrik II. bedürfen würde, so würde der Eintrag einfach so zu entwerfen gewesen sein:

Der Königl. Sächs. Staatsfiscus ist Eigenthümer

---

*) Es handelte sich bei obigem Monitum um Folienentwürfe für eisenbahnfiscalische Grundstücke. Anm. d. Eins.

und es würden alsdann nur noch, um der Vorschrift in §. 182. der Verordnung vom 9. Januar 1865 das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betreffend, zu genügen, diejenigen Actenstellen zu citiren gewesen sein, wo jene beiden Verzeichnisse sich befinden, also Bl. — und — der Acten Rep.

Die letztere Fassung — bei welcher die Voransetzung des Dati, unter welchem der Königl. Staatsfiscus die Grundstücke erworben, allerdings sich erledigt — empfiehlt sich als die einfachere und mehr dem Sinne der angezogenen Verordnung vom 16. September 1868 entsprechende und möge daher das Gerichtsamt dieselbe wählen —."

(Aus einer Verordnung des Königl. A.=Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt W. vom 23. Januar 1870.)

h.

(Auf den Folien, welche für gewisse geistliche und Schulgrundstücke schon vor dem Erscheinen der Verordnung des Königl. Justizministerii vom 13. Mai 1867 (Justizministerialblatt S. 81) angelegt und daher ohne Weiteres in dem Grund= und Hypothekenbuch eingetragen worden waren, hatte die betreffende Grund= und Hypothekenbehörde den Besitzereinträgen ein neueres Datum, das des 9. Juli 1866, vorgesetzt, welches Datum als nicht zutreffend erachtet wurde, weil überhaupt die Zeit des Erwerbes sich nicht hatte ermitteln lassen.)

„Es ist daher gedachtes Datum wieder in Wegfall zu bringen. In Gemäßheit von §. 189. der Verordnung vom 9. Januar 1865, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betr., hat dies mittelst eines besonderen Eintrags auf Rubr. II. zu geschehen, welcher Eintrag so zu fassen sein dürfte:

Das vorstehende Datum des 9. Juli 1866 kommt in Wegfall."

(Aus einer Verordnung des Königl. A.=Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt Z. vom 23. Januar 1870.)

i.

„Anlangend die Besitzereinträge, so sind dieselben durchgängig in folgender Weise gefaßt: „Das Pfarrlehn (Schullehn) ꝛc. ist Eigenthümer der in der Sachrubrik aufgeführten Grundstücke."

Da in den grundbücherlichen Verlautbarungen auf möglichste Kürze des Ausdrucks hinzustreben ist, so werden die Einträge besser so gefaßt werden:

„Das Pfarrlehn (Schullehn) zu . . . ist Eigenthümer des Grundstücks."

Denn die auf einem und demselben Folium eingetragenen Grundstücke stehen — wenn nicht der Fall vorliegt, daß eine Mehrheit walzender Grundstücke, dem erklärten Willen des Besitzers gemäß, auf Einem Folium eingetragen werden, ohne daß eine Consolidation derselben eintritt, vergl. §. 154. des Gesetzes vom 6. Mai 1843, §. 53.

der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 und §. 109. 206. der Verordnung vom 9. Januar 1865 — im Zubehörigkeitsverhältnisse zu einander und bilden mithin Ein Grundstück. Der Hinweis aber auf die in der Sachrubrik erfolgte Aufführung der Grundstücke ist überflüssig, da es sich von selbst versteht, daß der Eintrag auf Rubrik II. sich auf kein anderes Grundstück beziehe, als auf das in Rubrik I. gedachte.

Das Gerichtsamt wolle daher den Besitzereinträgen in den Fällen, wo bestimmte Erwerbsnachrichten nicht vorliegen, die oben vorgeschlagene Fassung geben ꝛc."

(Aus einer Verordnung des Königl. A.=Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt A. vom 8. Februar 1870.)

k.

„Soweit in den Besitzereinträgen bei dem Urkundenallegate der Ausdruck „vermöge" gebraucht worden ist, mag derselbe besser mit dem Worte „vergleiche" vertauscht werden, da die angezogenen Schriften ihrem Inhalte nach an sich keinen eigentlichen Beweis für das Eigenthum liefern, also der Ausdruck „vermöge" weder sachlich nach grammatisch richtig paßt."*)

(Aus einer Verordnung desselben A.=Ger. an das Gerichtsamt M. vom 3. Juli 1869.)

l.

„Statt des Ausdrucks „Organistenstelle" wäre im Eintrage — Rubrik II. der Ausdruck „Organistenlehen" zu gebrauchen gewesen."

(Aus derselben Verordnung.)

m.

Nach der Urkunde Bl. — ist Zeit und Rechtsgrund des Erwerbes der Besitzung für das Schullehen vollständig und selbst im Sinne von §. 224. des Hypothekengesetzes liquid. Es steht deshalb hier Nichts im Wege, den Besitzereintrag zu datiren und darin auf den Rechtsgrund des Erwerbes, sowie auf die Erwerbsurkunde, welche in beglaubter Abschrift zu den Acten gebracht werden mag, Bezug zu nehmen.

Die Fassung würde also dahin gehen:

„23. März 1867. Das Schullehen zu W. erhielt das Grundstück von der politischen Gemeinde daselbst übereignet, laut Ueberlassungsurkunde vom 23. März 1867, vergl. auch Registratur vom 12. und 15. Juli 1867. Acten ꝛc. Bl. —"

(Aus derselben Verordnung.)

n.

„Die Besitzereinträge auf der zweiten Rubrik sind, mit Rücksicht auf die Vorschrift in §. 177. der Verordnung vom 9. Januar 1865

*) Vergl. diese Zeitschrift, N. F. Bd. 32. S. 473. Anm. d. Eins.

mit genauen Allegaten derjenigen Actenstellen zu versehen, wo sich die urkundlichen Unterlagen der Einträge befinden. Diese Unterlagen bestehen in den bereits bei den Acten befindlichen Flächen- und Bestandsregistern, beziehentlich, soweit später hinzugekaufte Grundstücke in Frage sind, in den bezüglichen Kaufs- und sonst im Eintrage angezogenen Urkunden. Es werden aber beziehentlich in Nachgehung der für die Haltung der Hypothekenacten bestehenden Vorschriften in §. 99. und 100. der gedachten Verordnung diese Acten durch Hinzubringung beglaubter Abschriften von den betreffenden Urkunden zu vervollständigen sein."

(Aus einer Verordnung des Königl. A.-Ger. zu Zwickau an das Gerichtsamt A. vom 20. Februar 1868.) μ

27.

Zu §. 16. unter 7. des Gesetzes vom 6. Nov. 1843. §. 114. unter 5. der Verordnung vom 9. Jan. 1865. (Nutznießungsrechte; die Grunddienstbarkeiten; Wiederkaufsrechte.)

a.

1. „In dem für das Kirchenlehen zu D. aufgestellten Entwurfe befindet sich auf Rubrik II. unter Nr. 2. der Eintrag, daß dem jedesmaligen Kirchschullehrer zu D. die Gras- und Obstnutzung auf dem Friedhofe zustehe.

Jedenfalls ist dies Befugniß des Kirchschullehrers, welches allerdings in der Anzeige des Ortspfarrers bestätigt wird, nicht die Folge einer dem Kirchschullehrer zustehenden persönlichen, auf besonderen Rechtsgründen und nicht blos auf dem Gesetz beruhenden Servitut an den Grundstücken des Kirchenlehens, dergleichen Servitut allerdings nach §. 114. unter 5. der Verordnung vom 9. Januar 1865 zum Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch geeignet sein würde, denn es ist in der gedachten Anzeige des Ortspfarrers davon die Rede, daß die Gras- und Obstnutzung dem jedesmaligen — nicht blos dem gegenwärtigen — Kirchschullehrer zustehe, wodurch von selbst der Begriff einer persönlichen Servitut hinwegfällt. Offenbar ist bei gedachter Anzeige nur an ein Dienstemolument zu denken, wie es den Schullehrern gewisser Orte theils auf Grund der Anstellungsbedingungen, theils in Folge eines speciellen Ortsherkommens, theils als eine dem Einzelnen für gewisse von ihm übernommene Functionen, z. B. für die Führung der Todtenregister, eingeräumte Gegenleistung zukommt,

vergl. Weber, Darstellung des im Königr. Sachsen geltenden Kirchenrechts, Thl. II. §. 82. S. 593. 594 (1te Ausgabe.),

und auf Anordnung der vorgesetzten Behörde oder sonst in Folge der betreffenden Kirchen- und Schuleinrichtungen oder anderer Umstände auch wieder in Wegfall kommen kann. Derartige, auf den öffentlichen Einrichtungen beruhende Dienstemolumente aber eignen sich nicht zur

Verlautbarung in dem Grund= und Hypothekenbuch und ist daher der gedachte Eintrag aus dem Entwurfe in Wegfall zu bringen."

2. „—Ebenso hat das Gerichtsamt das Kirchenlehen als Eigenthümer der Parcellen Nr. 374. und 1256. — Todtenacker und Wiese — eingetragen und auch gegen diesen Eintrag ist Etwas nicht zu erinnern. Wenn aber hier auf Rubrik II. unter Nr. 2. bemerkt ist: daß dem jedesmaligen Pfarrer die Nutznießung an diesen Grundstücken zustehe, so ist auch hier zu gedenken, daß es sich bei dieser Nutznießung nur um ein Dienstemolument handeln kann, das auf öffentlich kirchlichen Einrichtungen beruht und sich nicht zum Eintrag in die Grundbücher eignet ꝛc."

(Aus einer Verordnung des Königl. A.=Ger. zu Zw. an das Gerichtsamt A. vom 8. Februar 1870.)

b.

„Ueber die Erwerbung desjenigen Areales, welches entweder den gesammten jetzigen Floßplatz oder doch den größten Theil desselben bildet, geben die Acten Rep.— Auskunft. Danach hat im Jahre 1832 N. N. auf L. und A. ein zu dem Vorwerk N. gehöriges Areal tauschweise behufs der Anlegung eines Floßplatzes an den Königl. Staatsfiscus überlassen und dabei sich namentlich folgende Vorbehalte gestellt:

1. daß darauf keine anderen Gebäude, als solche, die zum Floßbedarf und Floßdienst gebraucht werden, erbauet, fremden Personen aber ein Recht zum Baue eines Wohnhauses oder einer sonstigen Bauunternehmung darauf nicht gestattet werde und lebendige Hecken oder Bäume nur in einer Entfernung von fünf und zwanzig Ellen von der Grenze angepflanzt werden dürfen;

2. daß, wenn von Seiten der Königlichen Behörde die Floßanstalt aufgehoben und der fragliche Platz wiederum verkauft werden sollte, dem Rittergute L. das Vorkaufsrecht an demselben um den Preis, den ein Fremder zu geben sich erbiete, eingeräumt werde;

3. daß der Fußsteig, welcher über den betreffenden Platz nach L. und Br. führe, bestehen bleibe;

4. daß bei Bauten an den herrschaftlichen Vorwerksgebäuden und Wegen zu N. dem jedesmaligen Besitzer das unentgeltliche Erholen des Sand= und Kiesbedarfs aus dem Flußbette oder dem Floßgraben, jedoch den Floßanlagen unbeschadet, gestattet sein solle;

5. daß alle Schäden, welche erweislich durch den neu anzulegenden Floßrechen durch Stauung des Wassers und daraus folgende Ueberfluthung der dem Rittergute L. zustehenden Aufluren veranlaßt werden sollten, nach vorgängiger legaler Abschätzung dem Besitzer dieses Rittergutes aus der Königlichen Floßkasse vergütet werden sollen.

Von diesen Bestimmungen nun stellt die zuletzt erwähnte sich als eine solche dar, bei welcher der Königliche Staatsfiscus als moralische Person dem Stipulanten gegenübersteht und welche als eine dingliche

Belastung des von ihm erworbenen Grundstücks schon deshalb nicht aufzufassen sein dürfte, weil, wenn der Staatsfiscus den neu einzurichtenden Floßplatz eingehen ließe und demgemäß das eingetauschte Grundstück wieder veräußerte, damit gleichzeitig auch diejenigen Wasservorrichtungen, welche den Fluren des Rittergutes L. schädlich werden könnten — Floßgräben, Floßrechen u. s. w. —, hinwegfallen würden. Es ist daher in dieser Richtung kein Grund vorhanden, die Frage aufzuwerfen, ob die betreffende Vertragsbestimmung in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen sei, welche Frage übrigens auch, nach der Ansicht des unterzeichneten Appellationsgerichts, zu verneinen sein würde.

Die Bestimmungen unter 1. aber, ferner unter 3. — wenn dieselbe überhaupt einen privatrechtlichen, die Bedürfnisse des Rittergutes L. betreffenden Zweck im Auge hat, — und unter 4. stellen sich als Vorbehalte von Grunddienstbarkeiten dar, welche nach §. 15. unter 5., 6. des Gesetzes vom 6. November 1843 (mit welcher Vorschrift auch die Bestimmungen der §§. 114. und 133. der Verordnung vom 9. Januar 1865, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betreffend, sowie des bürgerlichen Gesetzbuchs in §. 567 ff. übereinstimmen) zu ihrer Entstehung nicht des Eintrags im Grundbuch bedürfen und überhaupt zu einer grundbücherlichen Verlautbarung sich nicht eignen. Es laufen nämlich die gedachten Verabredungen darauf hinaus, daß der Staatsfiscus als Besitzer des zu erwerbenden Areales zu Gunsten des Rittergutes L. gewisse Handlungen unterlassen oder die Vornahme gewisser Handlungen von Seiten der Besitzer dieses Rittergutes dulden solle. Hierin aber spricht sich, möge man nun das gemeine Recht,

vergl. Schweppe, röm. Privatr. Ausg. 4. §. 280.

oder die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs (vergl. §. 520. 535.) in's Auge fassen, das Wesen einer Grunddienstbarkeit aus. Namentlich kann daran, daß die Bestimmung unter 1. diesen Charakter habe, ein Zweifel nicht beigehen, wenn man erwägt, daß das Areal, auf welchem die Anlegung von gewissen Gebäuden und die Anpflanzung von Bäumen und lebendigen Hecken in gewisser Entfernung von der Grenze unterlassen werden soll, von dem Grund und Boden des Rittergutes L. abgetrennt wird und die gedachten Beschränkungen des Erwerbers im Gebahren über das Grundstück lediglich den Vortheil des angrenzenden, beim Rittergute verbleibenden Areales betreffen können. Es ist daher auch auf diese Vertragsbestimmung nicht der Begriff einer nach §. 16. unter 7. des Gesetzes vom 6. November 1843 (§. 114. unter 5. der Verordnung vom 9. Januar 1865) in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragenden Dispositionsbeschränkung anzuwenden.

Dagegen bedarf das Vorkaufsrecht unter 3. allerdings des Eintrags in das Grundbuch (vergl. §. 16. unter 7. des Gesetzes vom 6. November 1843; §. 114. unter 5.; §. 133. unter 4. der Verordnung vom 9. Januar 1865) und es hätte, so viel wenigstens aus

den vorliegenden Acten zu entnehmen ist, welche nicht an die Hand geben, daß von Seiten des Besitzers des Rittergutes L. auf gedachtes Vorkaufsrecht später wiederum verzichtet worden sei, — nach §. 153. des Gesetzes vom 6. November 1843 eben wegen des Bestehens jenes Vorkaufsrechtes mit Anlegung eines Grundstücks-Folii für den mehr beregten Floßplatz sogleich bei der Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher verfahren werden sollen."

(Aus einer Verordnung des Königl. App.-Gerichts zu Zwickau an das Gerichtsamt A. vom 18. Februar 1870.)

c.

In einem zwischen Carl Eduard W. als Verkäufer und Carl G. als Käufer abgeschlossenen Vertrage hatte sich der Käufer für sich, seine Erben und Besitznachfolger verpflichtet, auf dem erkauften Grundstücke die Aufführung irgend welcher Gebäude, sowie die Herstellung von Düngergruben oder ähnlichen belästigenden Anlagen näher, als zehn Ellen von der Grenze des anderen Grundstücks des Verkäufers in derselben Flur, sowie die Betreibung eines Gewerbes der in §. 22. der Gewerbeordnung vom 15. October 1861 bemerkten Art, und überhaupt die Betreibung einer Fabrikation, welche durch üble Gerüche oder durch Lärm und Geräusch der Nachbarschaft beschwerlich fallen könne, zu unterlassen.

Beide Betheiligte hatten bei dem Gerichtsamte Ch. die Verlautbarung dieser Beschränkung und Beschwerung im Grund- und Hypothekenbuche beantragt, das Gerichtsamt aber hatte diesem Suchen stattzugeben Bedenken getragen, da es sich hierbei nur um Bestellung einer nicht-persönlichen Dienstbarkeit, eines servitutenartigen Rechtes handle, welches im Grund- und Hypothekenbuche nicht eingetragen werden dürfe.

Auf erhobene Beschwerde des Verkäufers wurde diese Resolution sowohl vom Königlichen Appellationsgericht zu Zwickau mittelst Verordnung vom 15ten Mai 1865, als auch vom Königlichen Ministerio der Justiz mittelst Verordnung vom 13ten October 1865 bestätigt. In letzterer Verordnung wurde unter Anderem hervorgehoben, daß das dem Verkäufer eingeräumte Befugniß alle Merkmale einer Grunddienstbarkeit (§. 520. 535. des bürgerl. Gesetzbuchs) an sich trage, wie es denn namentlich nicht zum Begriff einer Grunddienstbarkeit gehöre, daß der Vortheil des herrschenden Grundstücks in einer Erhöhung des Nutzungsertrags bestehe, sondern derselbe auch in einer Steigerung der Annehmlichkeit des Grundstücks für den Besitzer liegen könne; daß es auch einflußlos sei, wenn die von dem Käufer G. übernommene Servitut keine der in §. 541—555. des bürgerl. Gesetzbuchs speciell erwähnten sei, da nach §. 540. der Satz gelte: numerus servitutum non est clausus. Obwohl hiernächst eine Grunddienstbarkeit dadurch, daß sie dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks nur für seine Person bestellt sei, nach §. 535. nicht aufhöre,

eine Grunddienstbarkeit zu sein, so verhalte es sich doch im gegenwärtigen Falle nicht einmal so, sondern, wie Bl. — hervorgehoben werde, solle die zum Vortheile des Grundstücks des Beschwerdeführers als eines Landhauses und Luxusgrundstücks dem Nachbargrundstück auferlegte Dienstbarkeit auch jedem späteren Eigenthümer des Grundstücks zu Statten kommen.

d.

Die Erben Christian Gotthelf R.'s halten sich der Stadtgemeinde zu Z. gegenüber durch eine von ihrem Bevollmächtigten, Adv. — abgegebene Erklärung verpflichtet, unter gewissen Umständen den zu Anlegung einer Straße benöthigten, ihnen gehörigen Grund und Boden abzutreten, auch nach Befinden eine anzulegende Straße auf ihre Kosten herzustellen, und hatten die Verlautbarung dieser übernommenen Verpflichtung auf dem ihr Grundstück betreffenden Folium beantragt.

Bei Gelegenheit einer Beschwerde, welche die von der ersten Instanz bezweifelte Legitimation des obgedachten Bevollmächtigten betraf, nahm das Königl. Appellationsgericht zu Z. Veranlassung zu folgenden, die Zulässigkeit des nachgesuchten Eintrags betreffenden Bemerkungen:

„Dagegen bedarf noch die Frage der Erwägung, ob die Vertragsbestimmung Bl. — unter 2., wonach die R.'schen Erben sich verpflichten, jederzeit auf Verlangen des Stadtraths zu Z. und jedenfalls dann, wenn ein zweites Wohnhaus an der projectirten Straße erbaut werden sollte, solche auf ihre Kosten bauordnungsmäßig herzustellen, zur Verlautbarung im Grundbuche überhaupt sich eigne. Soll nun auch in dieser Hinsicht der eignen Entschließung des Gerichtsamts nicht vorgegriffen werden, so mag doch schon jetzt nicht unbemerkt bleiben, daß eine bejahende Beantwortung jener Frage nicht unerheblichen Zweifeln unterliegen würde. Da die in Rede stehende Verpflichtung der R.'schen Erben auf eine Leistung geht, so fällt sie allerdings nach §. 520. 522. des bürgerl. Gesetzbuchs schon deshalb nicht unter den Begriff einer Grunddienstbarkeit, deren Verlautbarung im Grundbuch unstatthaft ist. Andererseits läßt sich indessen auch nicht wohl absehen, wie dieselbe im Sinne einer Verfügungsbeschränkung gemäß §. 114. unter 5. der provisorischen Verordnung vom 9. Januar 1865 aufgefaßt werden könne, zumal sie mit der Verbindlichkeit zur entgeltlichen Abtretung des Straßenareals Bl. 2. unter 1. an sich nicht nothwendig zusammenhängt, vielmehr nur ein Obligationsverhältniß begründet, vermöge dessen die L.'schen Erben zur Herstellung der Straße verbunden sein würden, gleichviel, ob sie noch im Besitze des Areales der letzteren sich befänden oder nicht. Erübrigte aber noch nach §. 505. des bürgerl. Gesetzbuchs der Gesichtspunkt der Reallast, so möchte sich nicht mit Unrecht insoweit der Einwand erheben, daß den Gegenstand der Reallast Leistungen bilden, welche regelmäßig oder in gewissen Fällen wiederkehren,

Siebenhaar, Commentar, Bd. 1. S. 375.

während es dermalen augenscheinlich nur um eine einzelne, nicht wiederkehrende Leistung, nämlich um die bauordnungsmäßige Herstellung der Straße sich handelt."

28.

Vertretung der geistlichen Lehne, Schul- und Kirchenlehne bezüglich der Anerkennung von Folienentwürfen.

Laut einer Generalverordnung des Königl. Ministerii der Justiz vom 16. April 1866 sind in Ansehung der den Pfarrlehnen und den Schullehnen zugehörigen Grundstücke die Inhaber der betreffenden geistlichen und Schulstellen vom Königl. Ministerio des Cultus und des öffentlichen Unterrichts mit allgemeinem Auftrag versehen worden, die über Anerkennung der Folienentwürfe für jene Grundstücke erforderlichen Erklärungen unter Einholung der Genehmigung der Kirchen- und resp. der Schulinspection (an deren Stelle in der Oberlausitz die betreffenden Kirchen- und Schulpatrone treten) abzugeben, während in Bezug auf die im Eigenthum der Kirchen befindlichen Grundstücke die Vertretung des Kirchenlehens der Hypothekenbehörde gegenüber dem Pfarrer in Gemeinschaft mit den Kirchvätern zusteht, welche zu ihrer Erklärung über die Anerkennung der Entwürfe ebenfalls die Genehmigung der Kircheninspection einzuholen haben. Mit dem Inkrafttreten der Kirchenvorstands- und Synodalordnung vom 30. März 1868 tauchten Zweifel darüber auf, welchen Einfluß dieses Gesetz auf die Vertretung der betreffendrn Lehne übe.

Zwar war, so viel die geistlichen Lehne und die Schullehne anlangt, nicht anzunehmen, daß durch die Kirchen- und Synodalordnung eine Neuerung eingeführt sei, da zwar in §. 26. unter a. Al. 4. dieses Gesetzes dem Kirchenvorstand zur Pflicht gemacht ist, über die Erhaltung und pflegliche Benutzung der geistlichen Lehne die nächste Aufsicht zu führen; derselbe auch bei jeder Vermehrung oder Verminderung der Substanz derselben mit seinem Gutachten gehört werden soll, die Vertretung der Lehne selbst aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nicht dem Kirchenvorstande, sondern, wie zeither, der Kircheninspection zustehen soll und die gutachtliche Vernehmung des Kirchenvorstandes, soweit bei der Anerkennung des Folienentwurfs überhaupt eine solche eintreten dürfte, als ein der Beurtheilung der Grund- und Hypothekenbehörde sich entziehendes factum internum erscheint.

Was dagegen die für Kirchenlehne aufzustellenden Folienentwürfe — deren Anerkennung gegenwärtig nicht mehr von den Pfarrern in Gemeinschaft mit den Kirchvätern bewirkt werden kann, sondern durch den Kirchenvorstand und zwar durch sämmtliche Mitglieder desselben zu geschehen hat*) — anbelangte, so war zwar dafür, daß

*) Vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1870. S. 26.

zur Anerkennung auch jetzt noch die Genehmigung der Kircheninspection erforderlich sei, ein Anhalt aus der Kirchen- und Synodalordnung nicht zu entnehmen, wohl aber erschien es zweifelhaft, ob zur gültigen Anerkennung des Entwurfs nicht, im Hinblick auf §. 26. unter a. Al. 2. des angezogenen Gesetzes, die Genehmigung des Königl. Cultusministerii einzuholen sei?

Für die Bejahung dieser Frage schien zu sprechen, daß in einem ähnlichen Falle (vergl. Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. 30. S. 526. Nr. 211.) der Grundsatz zur Anwendung gekommen war, es sei im Zweifel zur Abgabe einer derartigen Anerkennungserklärung Derjenige als legitimirt anzusehen, welchem die Disposition über das Grundstück zustehe. Hiermit würde, da zu Veräußerungen von Grundstücken und nutzbaren Rechten einer Kirche nach §. 26. cit. unter a. die Gutheißung Seiten des Königl. Cultusministerii nöthig ist, dies Erforderniß auch für die Anerkennung der Folienentwürfe angezeigt sein. Andererseits aber ist in §. 18. unter g. der Kirchenvorstands- und Synodalordnung die Vertretung des Kirchenlehens und der Kirchengemeinde in Rechtsangelegenheiten ganz allgemein dem Kirchenvorstand zugewiesen, während in §. 26. Absatz 2. eben nur die Veräußerung von Grundstücken und nutzbaren Rechten der Kirche an die Genehmigung des Cultusministerii gebunden ist und sich nicht so ohne Weiteres die Anerkennung eines Folienentwurfs — wenn auch in solchem etwa einzelne Grundstücke, welche darin aufzunehmen gewesen wären, hinweggelassen worden sein sollten — einem Veräußerungsacte gleichstellen läßt. Ebenso war auch schon nach bisherigem Rechte die Veräußerung von Grundeigenthum und nutzbaren Rechten evangelischer Kirchen, Schulen und Stiftungen nicht ohne ministerielle Concurrenz zulässig (vergl. das durch Verordnung vom 12. November 1837 publicirte Regulativ unter ⊙ sub g, Gesetz- und Verordnungsblatt S. 105), und dennoch wurde auch nach den bisherigen Einrichtungen zur Anerkennung der Entwürfe für Kirchenlehne die Genehmigung des Königl. Cultusministerii nicht erfordert.

Das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau schloß sich daher der Meinung an, daß von Einholung dieser Genehmigung auch gegenwärtig abzusehen und der Kirchenvorstand für sich allein zur Abgabe der fraglichen Anerkennungserklärung für legimirt zu achten sei, trug jedoch diese Ansicht, ehe es dieselbe zur Anwendung brachte, dem Königl. Justizministerio vor, von welchem mittelst Verordnung vom 28. Febr. 1870 dem Appellationsgericht eröffnet wurde, daß nach der übereinstimmenden Ansicht des Justizministeriums und des Ministeriums des Cultus und öffentlichen Unterrichts rücksichtlich der Kirchenlehne nach §. 18. unter g. der Kirchenvorstands- und Synodalordnung die erforderliche Erklärung von denjenigen Personen abzugeben sei, welche zur Vertretung des Kirchenvorstandes nach außen hin befugt seien, in Bezug auf die geistlichen Lehne dagegen der besage der (obgedachten Generalverordnung vom 16. April 1866 den jeweiligen Inhabern der

betreffenden geistlichen Stellen ertheilte specielle Auftrag nach einer bezüglichen frühern Mittheilung des Ministeriums des Cultus und öffentlichen Unterrichts als noch dermalen in Kraft stehend anzusehen sei, wie denn überhaupt an dem seitherigen Dispositionsrechte über die geistlichen Güter durch die Kirchenvorstands- und Synodalordnung (als in welcher Beziehung auch §. 1. Abs. 2. dieses Gesetzes zu vergleichen sei) Etwas nicht habe geändert werden sollen. *u*

29.

Protestation gegen Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks.

Die Erben Heinrich Traugott E.'s hatten das Nachlaßgrundstück, ohne sich inmittelst als Besitzer eintragen zu lassen, an ihre Mutter und Miterbin, die verw. E., verkauft; dieser Kauf wurde auch gerichtlich vorgetragen und es stellten die Erben den Antrag auf Eintragung ihrer Mutter als Besitzerin. Ehe jedoch dieser Eintrag erfolgte, wurde von einem Gläubiger des Miterben Franz Louis E. gegen Veräußerung und Verpfändung des Nachlaßgrundstücks appellirt, da ihm dasselbe als dereinstiges Hülfsobject dienen müsse; die Forderung des Gläubigers und die Verlustgefahr wurden auch genügend bescheinigt. Die Grund- und Hypothekenbehörde trug Bedenken, diese Protestation einzutragen, da der Schuldner Franz Louis E. als Miteigenthümer des Nachlaßgrundstücks nicht eingetragen sei, auch nach dem nunmehr abgeschlossenen Kaufe nicht eingetragen zu werden brauche, die verwittwete E. aber als Käuferin ein wohlbegründetes Recht, ihre Eintragung als Eigenthümerin des Hauses zu verlangen, zustehe. Auf die mit der Protestation verbundene Eventualappellation aber verordnete das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau unter dem 30. April 1866 die Eintragung der Protestation, soweit des Schuldners Franz Louis E. Erbantheil in Frage sei, da der Beachtung der Protestation der Umstand nicht entgegenstehe, daß der Debent Franz Louis E. nicht als Civilbesitzer eines seiner Erbquote entsprechenden ideellen Grundstücksantheiles eingetragen sei, inmaßen derselbe nach §. 2286. des bürgerl.. Gesetzbuchs durch den Mangel eines solchen Eintrages nicht behindert sein würde, das Grundstück im Verein mit seinen Miterben an eine dritte Person zu veräußern; weiter darauf, ob die Erwerberin des Grundstücks, die verw. E., bereits ein Recht auf Eintragung als Käuferin erlangt habe, der vorliegenden Protestation gegenüber Etwas nicht ankomme, weil ihre wirkliche Eintragung als Civilbesitzerin noch nicht erfolgt sei. *u*

30.

Cession einer Cautionshypothek.

Auf dem Grundstück Carl Raimund A.'s zu C. haftete eine Cautionshypothek für das Handelshaus S. und Comp. zu Leipzig in

Höhe von 3000 Thlrn. — — sammt Zinsen und Kosten, welche Hypothek von den früheren Besitzern dieses Grundstücks, den Inhabern der Firma: C. E. und Comp., jener Firma bestellt worden war. Das Handelshaus S. und Comp. cedirte nun unter der Erklärung, daß sein Guthaben an C. E. und Comp. 2500 Thlr. — — betrage, sowohl dies Guthaben als auch die Cautionshypothek an Gottfried Ferdinand Sch. und bat, daß diese Cession auf dem Folium des verpfändeten Grundstücks eingetragen werde. Die Hypothekenbehörde — das Gerichtsamt im Bezirksgericht — trug Bedenken, diesem Antrag stattzugeben, da die Forderung der 2500 Thlr. — — im Grund- und Hypothekenbuche nicht verlautbart sei und die Bestellung einer Caution nur in Folge eines zwischen gewissen Personen stattfindenden Geschäftsverkehrs, bei welchem Dritte nicht betheiligt seien, geschehe, die Caution auch keinen zur Ziffer gebrachten Anspruch repräsentire, vielmehr nur vorhandene oder erst entstehende Forderungen sichern solle und endlich das Gesetz nur von Forderungen, die auf Andere übergehen können, nicht aber von Cautionen spreche.

Ueber diese abfällige Bescheidung wurde Beschwerde erhoben und hierauf vom Königl. Appellationsgericht zu Zwickau unter dem 16. Juni 1869 folgende Verordnung erlassen:

„ — Inhalts der Urkunde Bl. — und des Eintrags Bl. — haben die damaligen Besitzer des Grundstücks Fol. — des Grund- und Hypothekenbuchs für C. der Firma S. und Comp. in Leipzig wegen aller Ansprüche an Capital, Zinsen, Provisionen, Spesen ꝛc., welche dieser Firma und ihrer kaufmännischen Geschäftsverbindung mit der Firma C. E. und Comp., deren alleinige Inhaber jene Besitzer gewesen, bereits entstanden und noch entstehen würden, eine Cautionshypothek in Höhe von 3000 Thlrn. — — nebst Zinsen zu 6 vom Hundert und den Kosten bestellt. Besage der Cessionsurkunde Bl. — aber ist von der Firma S. und Comp. unter der Erklärung, daß auf Grund stattgehabter Berechnung die Firma C. E. und Comp. ihr aus dem beiderseitigen Geschäftsverkehr pr. ult. December 1868 eine Summe von 2500 Thlrn. — — schulde, sowohl dieses Guthaben als die eingeräumte Caution an Gottfried Ferdinand Sch. abgetreten worden, es hat auch der gegenwärtige Beschwerdeführer, auf welchen allein das verpfändete Grundstück nachmals laut Bl. — übergegangen ist, den Forderungssaldo der 2500 Thlr. — — sammt Zinsen zu 6 v. H. vom 1. Januar 1869 ab als seine Schuld, nicht minder den Cessionar als seinen nunmehrigen Gläubiger anerkannt.

Das Gerichtsamt trägt nun Bedenken, die gedachte Cession zu verlautbaren, indem es zunächst von der Ansicht ausgeht, daß die Abtretung einer Cautionshypothek gesetzlich nicht ausführbar sei ꝛc. —

Diese Auffassung erscheint jedoch weder in ihrer Allgemeinheit richtig noch in der Anwendung auf den vorliegenden Fall zutreffend.

Allerdings sichert die in Rede stehende Cautionshypothek als solche für den Gläubiger nur einen Platz nach Höhe von 3000 Thlrn.

— — sammt Zinsen und Kosten in der Hypothekenreihe für den Fall der Existenz einer entsprechenden Forderung und des Nachweises derselben.

Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts, Bd. 4. S. 186.
Siebenhaar, Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Bd. 1. S. 362. (2te Aufl.)

Wenn daher nach §. 384. 438. des bürgerl. Gesetzbuchs Pfandrechte nur mit der durch dieselben gesicherten Forderung auf Dritte übergehen können und gemäß §. 440. ohne die Forderung nur die Abtretung des hypothekarischen Vorzugsrechts zulässig ist, so mag nicht bestritten werden, daß auch eine Cautionshypothek ohne das Forderungsverhältniß, wegen dessen sie bestellt worden ist, nicht abgetreten und namentlich die Cession nicht dazu benutzt werden darf, um durch die Hypothek Sicherung für ein anderes, etwa zwischen dem hypothekarischen Schuldner und dem Cessionar bestehendes Obligationsverhältniß zu erlangen, die Hypothek also als Wirkungsmittel für beliebige fremde Forderungen zu behandeln.

Hieraus folgt indessen die Unstatthaftigkeit der Abtretung von Cautionshypotheken überhaupt oder lediglich deshalb, weil das Schuldverhältniß, dessen Sicherung sie bezwecken, im Grundbuche nicht verlautbart ist, noch keineswegs. Nach §. 964. des bürgerl. Gesetzbuchs sind nicht blos bestimmte und allseitig festgestellte Forderungen cessibel, sondern es können auch bedingte und ungewisse Forderungen abgetreten werden. Schon deshalb würde sich wohl annehmen lassen, daß, sobald nur nach der Erklärung des Inhabers der Cautionshypothek außer Zweifel ist, wie letztere nicht allein und ohne Rücksicht auf das ihr unterliegende Schuldverhältniß abgetreten werden solle, der Mangel einer bereits erfolgten Bezifferung desselben und selbst der Umstand, daß zur Zeit der Cession ein solches Verhältniß noch gar nicht zur Entstehung gekommen wäre, kein unbedingtes Hinderniß der Verlautbarung der Abtretung darzubieten und insbesondere nicht den Einwand der vorigen Instanz, daß eine Forderung selbst im Grundbuche nicht eingetragen sei, zu begründen vermöchte. Nach dem bereits angedeuteten Wesen der Cautionshypothek würde die Ungewißheit der Existenz oder der Höhe der sichergestellten Forderung nur die Wirkung äußern, daß der Cessionar sich nicht auf das Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs berufen könnte, vielmehr, falls er sein Pfandrecht geltend machen wollte, erst nachweisen müßte, daß und welche Forderung seinem Cedenten an den debitor cessus zugestanden habe.

Diese Auffassung findet zum Mindesten mittelbare Bestätigung in der Bestimmung von §. 429. des bürgerl. Gesetzbuchs, wonach bei der Pfandklage des Cessionars der bloße Nachweis der Eintragung der abgetretenen Forderung lediglich insoweit genügen soll, als die letztere aus der Eintragung erhellt. Offenbar ist damit die Füglichkeit der Abtretung von hypothekarischen Forderungen anerkannt, welche aus

der Eintragung nicht ohne Weiteres erhellen, sondern erst noch besonders nachgewiesen werden müssen. Dahin aber sind die auf einem gesetzlichen Rechtstitel oder auf Privatwillen des Eigenthümers beruhenden Cautionshypotheken um so gewisser zu rechnen, als bei solchen das Hypothekenbuch selbst an die Hand giebt, daß die Forderung und deren Betrag noch unbestimmt ist.

Ueberdies hat man schon nach dem durch das Gesetz vom 6. November 1843 eingeführten Hypothekenrechte im Allgemeinen die Statthaftigkeit der Abtretung von Cautionshypotheken niemals bezweifelt,

Siegmann, das sächs. Hypothekenrecht S. 100.

Derselbe in den Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts. Bd. 1. S. 121.

Vergl. auch alleg. Annalen, Bd. 2. S. 49.

Abgesehen hiervon ist aber auch im jetzigen Falle von der Abtretung der Forderung ohne Hypothek wenigstens in der Hauptsache und weiterhin gleichfalls von der Abtretung einer unbezifferten Forderung gar nicht die Rede, vielmehr nach dem im Eingange Bemerkten mit der Cautionshypothek ein zahlenmäßig ausgeworfener und von dem hypothekarischen Schuldner außerdem noch für richtig anerkannter Anspruch des Cedenten abgetreten worden. Die Verlautbarung der Abtretung kann darnach um so sicherer nicht beanstandet werden, als die Cautionshypothek durch die Feststellung der gesicherten Forderung, sei es mittelst rechtlicher Entscheidung oder vermöge Vertrags der Betheiligten, aus einem eventuellen in ein definitives Pfandrecht sich umwandelt,

Annalen des Königl. O.-A.-Ger., Bd. 4. S. 186.

Inzwischen bringt doch der letztbemerkte Gesichtspunkt es mit sich, daß der Eintrag der Cession vorerst noch an eine gewisse Beschränkung geknüpft werden muß.

Nach Bl. — nämlich beläuft sich der Forderungssaldo der Firma S. und Comp. an den hypothekarischen Schuldner nur auf die Summe von 2500 Thlrn. — — nebst Zinsen zu 6 v. H. vom 1. Januar 1869 ab und es muß, da die genannte Firma die ihr eingeräumte Cautionshypothek im ganzen, jenen Saldo übersteigenden Umfange an den Cessionar abgetreten hat, vorausgesetzt werden, daß die Geschäftsverbindung, aus welcher der Saldo herrührt, dergestalt abgeschlossen ist, daß aus solcher neue Forderungen der Cedentin nicht mehr erwachsen können und somit der Zweck der Cautionshypothek in soweit für die Folge sich erledigt hat. Wenn nun einerseits die Hypothek zufolge des Eintrags Bl. — sich nicht blos auf eine Summe, bis zu welcher sie wirksam sein soll — vergl. §. 389. des bürgerl. Gesetzbuchs — sich beschränkt, sondern gleichzeitig auch auf Zinsen zu 6 v. H. und auf die Kosten erstreckt, andererseits eine Cession des Pfandrechts ohne Forderung für unzulässig zu erachten sein würde, so zeigt sich, daß die Verlautbarung der Abtretung der Hypothek Bl. — nur in soweit, als sie der Größe nach dem cedirten Forderungs-

ſaldo der Firma S. und Comp. nebſt Zinſen und eventuellen Koſten gleichſteht, ausführbar iſt, unter ſolcher Modification aber auch dem Ceſſionar diejenige Sicherheit vollſtändig gewährt, welche er als nunmehriger Gläubiger nach dem Betrage ſeiner Forderung verlangen kann, während der mit 500 Thlrn. — — überſchießende hypothekariſche Cautionsbetrag gegenſtandslos geworden und daher zur Abſchreibung zu bringen iſt.

Bevor alſo mit Eintragung der Ceſſion verfahren wird, ſind wegen der Beſchränkung der Hypothek — vergl. §. 161. der Verordnung vom 9. Januar 1865 — die Betheiligten, insbeſondere der Cedent und Ceſſionar, zu einer entſprechenden Erklärung aufzufordern und werden, wenn ſolche abgegeben worden iſt, die Einträge in das Grundbuch ſich dahin geſtalten, daß zunächſt die Beſchränkung der Hypothek auf den Betrag von 2500 Thlrn. — — nebſt Zinſen zu 6 v. H. und den Koſten, ſodann aber die Abtretung etwa dahin:

„cedirt die Hypothek unter Nr. . . . mit einem an die Beſitzer des Grundſtücks ihm zuſtehenden, von dieſem anerkannten Forderungsbetrage von 2500 Thlrn. — — ſammt Zinſen zu 6 v. H. vom 1. Januar 1869 ab an ꝛc.“

verlautbart werde.

Nach alledem hat das Königl. Appellationsgericht die erhobene Beſchwerde mit der aus dem Vorſtehenden ſich ergebenden Beſchränkung als begründet anzuſehen gehabt ꝛc.“ *μ*

II.

Ueber Vertheilung gestundeter Licitalgelder.

Von Herrn Assessor C. H. **Rüger** in Leipzig.

Auch jetzt noch scheint sich, wie bereits früher von einem sächsischen Praktiker bemerkt worden,

vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle. N. F. Bd. 8. S. 25.

eine gleichförmige Praxis der Gerichte in der Einrichtung von Vertheilungsplänen, welche gesetzlich rücksichtlich der Distribution von in der Zwangsversteigerung erzielten Licitalgeldern vorgeschrieben sind, nicht gebildet zu haben.

Bei der materiellen Wichtigkeit, die diese Vertheilung besitzt, sind vielleicht die nachstehenden Bemerkungen dem Praktiker von Interesse.

Eine Licitalgeldermasse zerfällt bekanntlich in einen flüssigen Theil, d. i. diejenige Masse, welche der Ersteher nach gesetzlicher Bestimmung im Subhastations- resp. Adjudicationstermine baar zu erlegen hat, und in einen nicht flüssigen Theil, d. i. diejenige Masse, welche dem Ersteher gestundet worden.

Für Vertheilung der flüssigen Masse wird sich meist eine Schwierigkeit nicht ergeben, da hierüber der Grundsatz der Priorität, sowie die in §. 21. des Gesetzes vom 30. Juni 1868 ertheilten Vorschriften keinen Zweifel übrig lassen. Die Schwierigkeit trifft vielmehr die Vertheilung der gestundeten Licitalgelder, welche dermalen nach §. 15. des Gesetzes vom 30. Juni 1868 der

Erſteher eines Grundſtücks, dafern mit ihm eine andere Vereinbarung über kürzere Termine nicht getroffen worden, in drei einjährigen Raten, deren erſte ein Jahr nach der Subhaſtation fällig wird, zu entrichten hat.

Meiſt werden nun die Vertheilungspläne in der Weiſe aufgeſtellt, daß die jedesmaligen Terminzahlungen der rückſtändigen Licitalgelder ſammt Zinſen vom jedesmaligen ganzen Rückſtande einem Gläubiger bis zur vollſtändigen Tilgung ſeiner Forderung an Hauptſtamm, Zinſen und Koſten zugewieſen werden, und daß, nachdem auf dieſe Weiſe Befriedigung des erſten Hypothekariers normirt, in derſelben Weiſe die Befriedigung der ihm nachſtehenden Gläubiger bis zur Erſchöpfung der Licitalgelder angeordnet wird.

Daß ein ſolches Verfahren weder zweckmäßig, weil Verzug in Abentrichtung der Raten oder eine Vorauszahlung das ganze Rechnungswerk ſtört, noch dem Rechte, ſofern dem älteren Gläubiger kein ausſchließliches Recht auf die Geſammtmaſſe der vom Erſteher auf den Licitalgelderrückſtand zu entrichtenden Zinſen zuſtändig, entſpricht, iſt bereits an andern Orten behandelt worden.

Vergl. Siegmann in den Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts. N. F. Bd. 3. S. 454 u. 456.

Wochenblatt a. a. O. S. 27.

Vielmehr wird man als Grundlage bei definitiver Vertheilung von geſtundeten Licitalgeldern die Ermittelung einer dem perceptionsberechtigten Gläubiger zuſtändigen Quote vom Hauptſtamme der geſtundeten Licitalgelder feſthalten müſſen.

Zur Ermittelung dieſer Quote iſt in den im Wochenblatte a. a. O. S. 25. mitgetheilten Rationen einer Entſcheidung des Königl. Appellationsgerichts Zwickau eine Methode vorgeſchlagen worden, die jedoch bei näherer Prüfung nicht allenthalben als correct ſich darſtellt. Denn nach dieſem Verfahren könnte ein Hypothekarier zum Mindeſten eine theilweiſe Verzinſung ſeiner bis zur Subhaſtation erwachſenen Zinſen- und Koſtenrückſtände erreichen, wie dies ſofort klar wird, wenn z. B. in dem dort S. 29. gegebenen Beiſpielsfalle der A. eine Hauptſtammforderung von nur 600 Thlrn. gehabt hätte.

Dagegen dürfte das folgende Verfahren ſich empfehlen:

1) Als Theilungstag erwähle man den Subhaſtationstermin, von welchem ab nach der noch in Kraft beſtehenden Be-

stimmung des Mandats vom 26. August 1732 die Licitalgelder mit 5% aufs Jahr zu verzinsen sind.

2) Demnächst berechne man den Betrag der zur Perception gelangenden Forderungen an Hauptstamm und Nebenforderungen, nämlich etwaigen Kosten und den bis zum Theilungstage entstandenen Zinsen.

3) Da aber ein Pfandgläubiger nicht Verzinsung seiner Zinsen- und Kostenrückstände verlangen kann, so hat man, dafern derartige Rückstände überhaupt zur Perception gelangen, behufs Capitalisirung dieselben um einen angemessenen Discont zu kürzen. Und zwar würde dieser Discont auf die Zeit vom Subhastationstage bis zu demjenigen Tage, an welchem diese Rückstände zur Befriedigung gelangen, sowie nach §. 720. des bürgerl. Gesetzbuchs zu 5% zu berechnen sein.*)

4) Da ferner der erste Pfandgläubiger aus den Beständen der flüssigen Masse in der Regel ganz oder theilweise Befriedigung erhält, diese Befriedigung aber deshalb, weil wenigstens derjenige Betrag der zur Erfüllung des baar zu erlegenden Drittels der Licitalgelder erforderlich ist, in der Regel erst nach der Subhastation, und zwar im Adjudicationstermine gezahlt wird, erst nach dem angenommenen Theilungstage gewöhnlich erfolgen kann, so macht sich endlich noch ferner eine Umwandlung dieser Restforderung des aus der Baarmasse bereits theilweise befriedigten Pfandgläubigers in ein solches geringeres Capital, dessen Verzinsung vom Subhastationstage an beginnt, nothwendig. Diese Umwandlung kann man nach folgendem Ansatze vornehmen: Man summire diese Capitalrestforderung nebst denjenigen Zinsen, welche bis zum nächsten Zinsfälligkeitstage, d. i. dem nächsten Jahrestage der Subhastation fällig werden, und bezeichne diese Summe mit y. Wenn man sodann ferner das zu findende geringere Capital mit x bezeichnet, so erhält man folgenden Ansatz:

$$x + \text{Betrag der einjährigen Zinsen von } x = y.$$

Da es sich gegebenen Falles immer nur um eine 5%ige Verzinsung handelt, die 5% Zinsen aber dem 20sten Capitalstheile gleichkommen, so ergiebt sich weiter folgender Ansatz:

*) Die Berechnung des Disconts hat bekanntlich nach der sogen. Hoffmann'schen Methode zu geschehen.
Vergl. Motive zu §. 720. des bürgerl. Gesetzbuchs.
Der nach derselben zu bildende Rechnungsansatz ist u. A. im Siebenhaar'schen Commentar zum bürgerl. Gesetzbuche bei §. 720. gegeben.

$$x + \frac{x}{20} = y.$$

$$\frac{21x}{20} = y.$$

$$x = \frac{20y}{21}.$$

Zur Veranschaulichung vorstehender Regeln diene folgendes Beispiel:

Ein Grundstück ist am 1. April 1869 für 3600 Thlr. versteigert und hierauf später adjudicirt worden. Nachdem aus der flüssigen Masse die Subhastationskosten, Abgaben, Renten ꝛc. gedeckt worden, auch der erste Gläubiger A. auf seine mit 5 % verzinsliche Forderung am 1. Juni 1869 aus derselben Masse auf Capital, Kosten und die bis dahin verstandenen Zinsen soweit Deckung erhalten, daß ihm am 1. Juni 1869 ein Capitalrest von 455 Thlrn verblieben, sind nach Erschöpfung der Baarmasse aus den in der üblichen Weise auf 3 Jahresraten gestundeten Licitalgeldern an 2400 Thlrn. außer A. noch folgende drei Pfandgläubiger wegen der beiverzeichneten Forderungen in nachstehender Rangordnung zu befriedigen, nämlich:

B. mit 1100 Thlrn. Hauptstamm und
62 = Nebenforderungen, als:
44 Thlr. 4 % Zinsen pro 1. April 1868/69
18 = Kosten
w. o.
1162 Thlr.

C. mit 600 Thlrn. Hauptstamm und
39 = Nebenforderungen, als:
27 Thlr. 4½ % Zinsen vom 1. April 1868/69
12 = Kosten
w. o.
639 Thlr.

D. mit 500 Thlrn. Hauptstamm und
25 = 5 % Zinsen vom 1. April 1868/69.
525 Thlr.

Wenn man zunächst des A. Restforderung nach der oben unter 4) gegebenen Methode, nämlich:

455 +
18,95 = Zinſen pro 1. Juni 1869 bis 1. April 1870.
473,95 × 20
= 947,90.
947,90 : 21
= 451,38

umwandelt in ein vom 1. April 1869 zu verzinſendes Capital, ſo ergiebt ſich der ebenberechnete Betrag von 451,38 Thlrn.

Es ſind ſodann die Zins- und Koſtenrückſtände des B. und C. in der oben unter 3) angegebenen Weiſe zu capitaliſiren. Eines gleichen Verfahrens bezüglich des Gläubigers D. bedarf es nicht, weil dieſer mit einem den Betrag von 25 Thlrn. überſchießenden Betrag leer ausgeht.

Und zwar iſt bei jener Capitaliſirung, da B. bei der am 1. April 1870 fälligen Rate, C. aber erſt am 1. April 1872 an die Reihe der Befriedigung gelangt, ein einjähriger und bez. dreijähriger Discont zu berechnen. Hiernach iſt die Capitaliſirung wie folgt vorzunehmen:

62 Nebenforderungen des B. minus:
2,96 = 5 % Discont pro 1. April 1869/70
59,04.

39 Nebenforderungen des C. minus:
5,09 = 5 % Discont pro 1. April 1869/72.
33,91.

Demgemäß iſt

1) der Licitalgelderreſt von 2400 Thlrn. Hauptſtamm zu vertheilen, wie folgt:

a) 451,38 an A. auf deſſen oben berechnete Reſtforderung,
b) 1159,04 an B., nämlich:
1100 Thlr. Hauptſtamm,
59,04 capitaliſirte Nebenforderungen.
w. o.
c) 633,91 an C., nämlich:
600 Thlr. Hauptſtamm,
33,91 capitaliſirte Nebenforderungen.
w. o.
d) 155,67 an D. zur theilweiſen Deckung von deſſen Forderung an 500 Thlrn. ca.
2400,00 Summa.

2) der unter a. b. c. d. ausgeworfene Capitalbetrag vom 1. April 1869 ab bis zum Tage der Rückzahlung alljährlich mit 5% zu verzinſen.

Hiernach hat der Erſteher auf den Hauptſtamm zu zahlen:

I. am 1. April 1870:

800 Thlr., und zwar:

451,38 für A.
348,62 = B.
800,00.

II. am 1. April 1871:

800 Thlr., und zwar 800 Thlr. für B.

III. am 1. April 1872:

800 Thlr., und zwar:

a) 10,42 für B. zur völligen Deckung ſeiner Reſtforderung, die, wie folgt, ſich berechnet:

1159,04 minus
1148,62 nämlich
348,62 am 1. April 1870 fällige Rate,
800,00 am 1. April 1871 fällige Rate.
w. o.
10,42 Reſt.

b) 633,91 für C.
c) 155,67 = D.
800,00.

Wie die gegebene Vertheilungsmethode ſich für den Fall empfiehlt, daß der Subhaſtationsrichter die geſtundeten Licitalgelder zur Selbſteinhebung überweiſt, oder daß die unter Umſtänden erwünſchte Umſchreibung der ausgefallenen Perceptionsbeträge im Grundbuche vorgenommen werden ſoll, bedarf keiner weiteren Auseinanderſetzung.

Nur muß noch bemerkt werden, wie aus der Natur der Sache folgt, daß die Methode nur anwendbar iſt, wenn ſämmtliche Forderungen mit nicht mehr wie höchſtens mit 5% aufs Jahr zu verzinſen ſind.

Denn für den Fall, daß in der Reihe der Gläubiger ſich Hypothekarier befinden, welche eine höhere Verzinſung als zu 5%

beanspruchen, läßt sich alsdann, wenn hinter solchen Hypothekariern andere Gläubiger folgen, überhaupt keine definitive Theilung der gestundeten Licitalgelder, sondern nur eine provisorische Theilung, welche die pünktliche Einhaltung der Fälligkeit der einzelnen Raten zur Voraussetzung hat, denken.

Es hat dies seinen Grund in dem Umstande, daß nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (vergl. das alleg. Mandat von 1732) der Licitalgelderrückstand lediglich mit 5% zu verzinsen ist, und demgemäß der Subhastationsrichter behindert ist, einen höheren Zinsfuß einzutragen, daß sonach für die betheiligte Gläubigerschaft*) keine dingliche Sicherheit für diejenigen Schäden vorhanden ist, welche dadurch erwachsen, daß der Ersteher in Abentrichtung einer oder mehrerer Raten, welche zur Befriedigung einer solchen Forderung mit höherer Zinsforderung bestimmt sind, Verzug eintreten läßt, und daß, wenn der Masse inzwischen lediglich 5% Zinsen zufließen, die Ansprüche auf höhere Verzinsung bezüglich einer solchen Forderung fortdauern. Ein Beispiel wird dies veranschaulichen. Eine am 1. April 1869 zahlbar gewesene Rate an 4000 Thlrn. ist nebst einjährigem Zinsrückstande zu 5% zu vertheilen:

1) mit 3600 Thlrn. sammt einjährigem 6% Zinsrückstand an den Gläubiger M.

2) mit dem Reste an den Gläubiger N. zur abschlägigen Deckung einer größeren Forderung.

Geht hier pünktliche Zahlung ein, so besteht die Theilungsmasse in

4000 Thlrn. Hauptstamm,
200 " einjährigem 5%igen Zinsrückstand.

4200 Thlr. in Summa. Zu vertheilen mit
3816 Thlrn. an M. auf dessen Forderung an
3600 Thlrn. Hauptstamm,
216 " 6% einjähr. Zinsrückstand.

w. o.
384 " an N.

*) Eine andere Frage ist, ob der Ersteher, bez. sein Rechtsnachfolger, den betheiligten Gläubigern nicht wegen dieser Schäden persönlich verantwortlich ist, da nach §. 742. des bürgerl. Gesetzbuchs Absatz 3. der Berechtigte, welcher durch Verzug des Verpflichteten einen Schaden, den die Verzugszinsen nicht decken, erleidet, entsprechende Entschädigung verlangen kann.

Geht aber die Zahlung erst ein Jahr später, nämlich am 1. April 1870 ein, so besteht die Theilungsmasse in:

4000 Thlrn. Hauptstamm,
400 = zweijährigem 5%igen Zinsrückstand.
4400 Thlrn. in Summa. Zu vertheilen mit:
4032 Thlrn. an M. auf dessen Forderung an
3600 Thlrn. Hauptstamm,
432 = 6% zweijährigem Zinsrückstand.
w. o.
368 = an N.

In einem solchen Falle wird man das der geschilderten Vertheilungsmethode zu Grunde gelegte Princip — nämlich Vertheilung der Zinsmasse an sämmtliche perceptionsberechtigte Gläubiger — verlassen müssen, vielmehr die verfügbaren Zinsen vor allem mit zur Deckung des zu einem höheren Zinsfuße berechtigten Gläubigers zu verwenden haben. Es hat dies seine Rechtfertigung darin, daß durch dies Verfahren, sofern die Deckung eines solchen Gläubigers beschleunigt wird, die Befriedigungsmittel für den nachstehenden Gläubiger thunlichst erhalten werden. Erst nach voller Befriedigung eines solchen bevorzugten Gläubigers ist eine definitive Theilung thunlich. Hieraus folgt die Verpflichtung des Subhastationsrichters, in einem solchen Falle die Erfüllung der Verpflichtung des Erstehers zu pünktlicher Abführung der fällig werdenden Licitalgelderraten zu überwachen, da ein Verzug zwar nicht den Rechten desjenigen Gläubigers, für welchen die Masse ausreichende Mittel zur Deckung seines Anspruchs auf Fortgewährung höherer Zinsen gewährt, schadet, wohl aber die Interessen der nachstehenden Gläubiger durch Abminderung der Deckungsmittel berührt.

Zwar läßt sich ein mit einem höheren Zinsfuße zu verzinsendes Capital, das zu einer bestimmten Zeit rückzahlbar ist, in ein größeres mit einem geringeren Zinsfuße zu verzinsendes Capital umrechnen. Es ist z. B. ein nach einem Jahre fälliges, zu 6% zu verzinsendes Capital von 100 gleich einem zu 5% zu verzinsenden Capitale von 100,95. Diese Capitalverwandlung kann jedoch für den Fall, daß bei Vertheilung der Licitalgelder Forderungen, die mit mehr als 5% zu verzinsen, sich befinden, nicht

angewendet werden, weil Voraussetzung dieser Capitalverwandlung Fälligkeit zu einer bestimmten Zeit ist, und ein etwaiger Verzug das Rechnungswerk stört, sowie weil der Vertheilungsmodus so einzurichten ist, daß den Berechtigten für die ausgeworfenen Beträge dingliche Sicherheit zur Seite steht. Zu Erreichung einer solchen Sicherheit ließe sich beim Mangel gesetzlicher Bestimmungen blos mit Zustimmung der Betheiligten sowie des Erstehers gelangen, wenn der Letztere dem Subhastationsrichter grundbücherliche Verlautbarung einer eventuellen Zinserhöhung bezüglich derjenigen Capitalien, welche mit mehr als 5 % zu verzinsen, gestattete. Unter dieser Voraussetzung könnte für jenen Fall auch eine definitive Vertheilung der Licitalgelder stattfinden. Und zwar würde man zu diesem Behufe die Distribution unter der Voraussetzung pünktlicher Einhaltung der Raten vornehmen, ferner die mit einem höheren Zinsfuße zu verzinsenden Forderungen umrechnen in entsprechend höhere, zu 5 % zu verzinsende Capitalien, endlich aber dem Forderungsberechtigten zugleich im Vertheilungsplane das Recht wahren, für den Fall eines Verzugs in Gewährung der fälligen Raten vom Tage des Verzugs an die entsprechenden höheren Zinsen zu fordern.

Präjudizien.

31.

Klage des nach erfolgter Scheidung der zwischen seiner Tochter und dem Beklagten bestandenen Ehe als Specialvormund des in dieser Ehe erzeugten Kindes bestellten Großvaters des letzteren wider den ehelichen Vater auf Gewährung von Unterhaltsgeldern für sein Enkelkind sowohl für die Vergangenheit, als für die Zukunft (zu §§. 1837 ff. bez. §. 1749. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Der Beklagte war mit Christianen Augusten geb. Nitzsche, der Tochter des Klägers, verheirathet und hat mit ihr eine eheliche Tochter, Amalie Auguste Hacker, erzeugt, welche am 4. Nov. 1864 geboren ist. Die gedachte Ehe ist durch ein am 16. Juli 1868 in Rechtskraft übergegangenes Urthel geschieden worden.

Der Kläger, Großvater und zugleich nach Bl. — Specialvormund des gedachten Kindes, hat seine Tochter mit ihrem Kinde bei sich aufgenommen, und behauptet, seinem Enkelkinde Wohnung und Unterhalt aus eigenen Mitteln gewährt zu haben. Er klagt nun mit obervormundschaftlicher Genehmigung (Bl. —) auf Gewährung von Unterhaltsgeldern für das gedachte Kind vom 16. Juli 1868 als dem Tage der Rechtskraft des Scheidungsurthels an bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre des Kindes. Die Bl. — erhobene Klage ist nach Bl. — in Verbindung mit Bl. — am 2. Nov. 1868 behändigt worden.

Zunächst bestreitet nun Beklagter die Zulässigkeit der Klagforderung, soweit sie sich auf die Zeit vor der Klagbehändigung, vom 16. Juli bis 2. Nov. 1868, bezieht, indem für das Kind selbst von dessen Specialvormunde Alimente nicht verlangt werden könnten, da dasselbe ja eben in dieser Zeit ernährt worden sei, und Kläger darauf,

daß zu diesem Behufe für das Kind Schulden zu machen gewesen seien (§. 1849. des bürgerl. Gesetzbuchs), nicht Bezug genommen habe. Nun sei aber der Kläger, wie aus der Ueberschrift der Klagschrift:

„Klage Johann Gottfried Nitzsche's als Specialvormund der unmündigen Amalie Auguste Hacker"

hervorgehe, lediglich in der Eigenschaft als Specialvormund seines Enkelkindes, nicht aber für seine Person klagend aufgetreten. Es entfalle also jeder Anspruch auf die gedachte Zeit.

In dieser Richtung kann jedoch in Uebereinstimmung mit der vorigen Instanz dem Beklagten nicht beigestimmt werden. Denn hat auch Kläger in der Ueberschrift der Klage nicht besonders hervorgehoben, daß er sowohl für seine Person, als auch in seiner Eigenschaft als Specialvormund seiner Enkelin klage, so kommt doch darauf nichts an. Es genügt, daß der Kläger die Alimente vom 16. Juli bis 2. Nov. 1868 ebenfalls fordert und zur Begründung dieses Anspruchs sich Bl. — darauf bezieht, daß er seiner Enkelin in dieser Zeit Wohnung gewährt und deren Unterhalt aus eigenen Mitteln bestritten habe. Dadurch giebt Kläger genugsam zu erkennen, daß, da das Kind für die Vergangenheit Unterhaltsgelder in der Regel nicht fordern kann, er für seine Person diesen Theil der Alimente in Anspruch nimmt. Die vorige Instanz hat mithin ganz mit Recht angenommen, daß Kläger auf die angegebene Zeit vor der Klagerhebung für sich selbst klagend aufgetreten sei.

Nun macht zwar Beklagter noch ferner geltend, auch abgesehen von diesem Punkte könnte für diese Zeit die Klage nicht aufrecht erhalten werden, weil insoweit Kläger nur als Geschäftsführer des Beklagten ohne Auftrag gehandelt haben würde, gleichwohl aber nicht specificirt habe, was er während dieser Zeit für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes wirklich aufzuwenden gehabt habe. Eine Bauschsumme könne in solchen Fällen nicht beansprucht werden. Auch dies ist unrichtig. Nur sehr vereinzelte Leistungen des Klägers, z. B. die Kleidung des Kindes, lassen eine specielle Berechnung zu. Andere Leistungen dagegen, namentlich das, was auf die körperliche Ernährung des Kindes verwendet worden, können, wenn man eine derartige Klage nicht überhaupt unmöglich machen will, nur nach einem ungefähren Durchschnittsanschlage in Berechnung gebracht werden und die Mühwaltung, welche auf die Pflege und Erziehung des Kindes verwendet werden muß, entzieht sich jeder bestimmten Berechnung in Geld, sondern muß stets in einem Bauschsatze bestimmt werden. Es wird demnach auch in solchen Fällen, wo es sich um die Erziehung und Ernährung eines ehelichen Kindes handelt, ebenso, wie bei dem Unterhalte eines unehelichen Kindes, gar nichts Anderes übrig bleiben, als eine durch richterliches und nach Befinden sachverständiges Ermessen festzusetzende Bauschsumme zuzulassen, und Demjenigen, welcher als negotiorum gestor die Alimente für den Verpflichteten verlegt hat, zuzuerkennen.

In dem vorliegenden Falle war demnach für die gedachte Periode von Rechtskraft des Scheidungsurthels, dem 16. Juli 1868, an bis zum 2. November dess. Jahres die Klage aufrecht zu erhalten und die Entscheidung der Sache von der Ableistung des Bl.— geförmelten Delateides abhängig zu machen, wie im vorigen Erkenntnisse geschehen ist. In der Bl.— erfolgten Eidesnotul mußte nur richterlichen Amts wegen das auf der 5ten und 6ten Zeile von oben zu lesende, auf einem bloßen Schreibfehler beruhende Wort „Klägers" in das Wort „Beklagtens" umgewandelt werden.

Auch hinsichtlich der Periode vom 4. Nov. 1870 an, wo das zu verpflegende Kind das sechste Lebensjahr zurückgelegt haben wird, bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre, als soweit die Alimente in dem Klaggesuche blos gefordert worden sind, mußte in Uebereinstimmung mit der vorigen Instanz die erhobene Klage aufrecht erhalten werden. Zwar bestimmt §. 1749. des bürgerl. Gesetzbuchs, daß Kinder unter sechs Jahren der Mutter, Kinder über sechs Jahre aber dem Vater zur Erziehung zu überlassen sind, allein dies hindert nicht, jetzt wenigstens vorläufig festzusetzen, daß der Beklagte, als ehelicher Vater, auch nach dem sechsten Lebensjahre des Kindes zu Gewährung des Unterhaltes für das Kind verbunden sei. Denn der eheliche Vater hat nach §. 1749. in jedem Falle den Unterhalt seiner ehelichen Kinder zu bestreiten, und das Recht desselben, das Kind nach vollendetem sechsten Lebensjahre zur eigenen Erziehung zu übernehmen, ändert erstlich an dieser Verpflichtung nur insofern etwas, als er die Alimente nunmehr in Natur gewähren kann, zweitens ist es aber auch nicht ein unbedingtes Recht, sondern hängt nach §. 1749. von dem pflichtmäßigen Ermessen des Vormundschaftsgerichts ab, je nachdem bei dem einen oder dem anderen Ehegatten für das Wohl des Kindes besser gesorgt ist. Es ist demnach im Voraus gar nicht mit Sicherheit zu bestimmen, ob mit dem vollendeten sechsten Lebensjahre die Naturalverpflegung auf den Beklagten übergehen wird, oder ob das Kind noch ferner der Mutter zu überlassen ist. Ohnehin kann ein Wechsel in der Erziehung nicht vermuthet, weniger noch auf einen im Voraus bestimmten Tag festgesetzt werden. Die Auswerfung eines Erziehungs- und Unterhaltbetrages empfiehlt sich daher aus Zweckmäßigkeitsrücksichten auch für diese Periode, damit, wenn das sechste Lebensjahr des Kindes vollendet sein wird, nicht nochmals ein neuer Proceß über die gesetzliche Verpflichtung des Vaters nöthig wird. Es versteht sich jedoch von selbst und ist im vorigen Urthel auch ausgedrückt worden, daß das Recht des Beklagten, das Kind nach erfülltem sechsten Lebensjahre desselben mit obervormundschaftlicher Genehmigung zur eigenen Erziehung zu übernehmen und dadurch von der Bezahlung der Verpflegungsgelder sich zu befreien, ungeschmälert bleiben muß. Es war demnach auch in dieser Richtung das vorige Erkenntniß zu bestätigen.

Nur in zwei Punkten glaubte das Königl. Oberappellationsgericht davon theilweise abweichen zu müssen.

Erstlich schien es nothwendig, über die Unterhaltungspflicht des Beklagten dermalen blos bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre des Kindes zu erkennen, da das Sachgesuch auf diesen Zeitpunkt beschränkt worden ist, und deshalb, obschon unter Umständen der eheliche Vater auch nach dem vierzehnten Lebensjahre seines Kindes unterhaltungspflichtig sein kann, dennoch über das Sachgesuch nicht hinausgegangen werden darf.

Zweitens ist im vorigen Erkenntnisse Bl. — exemplificirt worden, in welchen Fällen nach erfülltem sechsten Lebensjahre des Kindes die Verpflichtung des Beklagten zur Gewährung von Unterhaltungsgeldern in Wegfall zu kommen habe. Das Königl. Oberappellationsgericht glaubt jedoch, daß die Unterhaltungspflicht einfach auf die Zeit zu beschränken ist, während deren der jetzige Zustand besteht, d. h. während welcher das Kind mit obervormundschaftlicher Genehmigung bei der Mutter desselben sich befindet. Dies muß man nämlich als den dermaligen Zustand ansehen, da Mutter und Kind sich bei dem Vater der Ersteren aufhält und dieser Beide, Mutter und Kind, erhält. Sollte das Kind aus irgend einer Rücksicht in andere Pflege und Erziehung übergehen, so würde der Beklagte, als ehelicher Vater, jedenfalls darüber sowohl hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der Maßregel, als auch bezüglich der Höhe der zu gewährenden Unterhaltungsgelder zu hören sein, und deshalb in diesem Falle der Ausspruch des Urthels, wie er Bl. — zum Ausdrucke gekommen ist, möglicher Weise Modificationen unterworfen werden müssen.

Wenn nun ferner Beklagter sich darüber beschwert, daß ihm das im ersten Erkenntnisse gewährte Wahlrecht, ob er den Unterhalt in Natur oder in baarem Gelde gewähren will, entzogen und er zur Entrichtung von bestimmt normirten Unterhaltungsgeldern verurtheilt worden sei, so kann ihm auch hierin nicht beigestimmt werden. §. 1850. des bürgerl. Gesetzbuchs kann auf einen Fall der vorliegenden Art nicht bezogen werden. Es muß bei dieser Vorschrift vorausgesetzt werden, daß der Verpflichtete den ganzen Unterhalt, Pflege, Erziehung und Ernährung, vollständig übernehmen kann. Dies ist aber im vorliegenden Falle, so lange das Kind mit obervormundschaftlicher Genehmigung bei der ehelichen Mutter sich befindet, unmöglich. Schon bei der Gewährung der Kost und der Kleidung muß es als unpractisch und unausführbar gehalten werden, dem Beklagten zu gestatten, die Victualien, Kleider, Schuhwerk und andere Bedürfnisse, welche sich für das Kind nöthig machen, für längere oder kürzere Zeitabschnitte in Natur zu gewähren. Es würde dies zu fortwährenden Zerwürfnissen und Zweifeln über das Maß des Bedürfnisses, sowie über den Umfang und die Güte der Naturalleistungen führen. Also schon bei diesen Leistungen wird sich ein Bauschsatz in Gelde nothwendig machen. Es kommt aber noch dazu, daß daneben noch andere

Leiſtungen, z. B. Gewährung der Wohnung, Wartung und Pflege, Handreichungen anderer Art, überhaupt Beaufſichtigung und Erziehung in Frage kommen. Dieſe kann der Beklagte, ſo lange das Kind bei der Mutter ſich befindet, in Natur gar nicht leiſten. Gleichwohl dürfen ſie nicht außer Anſchlag bleiben. Es ergiebt ſich hieraus, daß, ſo lange der Beklagte den ganzen Unterhalt, die Pflege und Erziehung von der Obervormundſchaft nicht anvertraut erhält, das in §. 1850. des bürgerl. Geſetzbuchs erwähnte Wahlrecht nicht eintreten kann, vielmehr nichts übrig bleibt, als daß vom Richter ein angemeſſenes Geldquantum beſtimmt wird, welches der Beklagte in Bauſch und Bogen für die Zeit zu entrichten hat, während welcher ſich das Kind bei der Mutter befindet."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Nitzſche's ÷ Hacker, vom 5. Oct. 1869. — Ger.-Amt Königſtein.)

32.

Zur Lehre von der Auslegung der Verträge, mit ſpecieller Rückſicht auf Bürgſchaftserklärungen (zu §. 1456. verb. mit §§. 809 ff. des bürgerl. Geſetzbuchs).

„Die Vorſchrift in §. 1456. des bürgerl. Geſetzbuchs bezieht ſich auf ſolche Fälle, wo der Bürge ſich für eine beſtimmte Schuld im Allgemeinen verbürgt hat, ohne dabei ſeine Bürgſchaftserklärung in Bezug auf den Umfang der übernommenen Haftpflicht einer beſonderen Beſchränkung zu unterwerfen. Im gegenwärtigen Falle beſteht aber die zur Entſcheidung vorliegende Frage darin, für welche Schuld der Beklagte ſich durch die Erklärung Bl. — verbürgt haben würde, ob für einen bereits beſtehenden und zugleich für einen künftig noch erwachſenden, oder nur für dieſen letzteren Schuldbetrag. Dieſe Frage kann lediglich nach dem Inhalte des in der Klage behaupteten Bürgſchaftsvertrages beurtheilt werden, bei deſſen Auslegung nach den Vorſchriften des bürgerl. Geſetzbuchs §§. 809 ff. zunächſt die Worte nach ihrer ſprachlichen Bedeutung und in ihrem Zuſammenhange geprüft werden müſſen, und erſt dann, wenn dieſe einer verſchiedenen Auslegung fähig ſind, auf die erweisliche Abſicht der Contrahenten zurückzugehen, und wenn auch auf dieſe Weiſe noch ein Zweifel über den Umfang der Leiſtung übrig bleibt, die dunkle Vertragsbeſtimmung zum Nachtheile Desjenigen auszulegen iſt, welcher daraus ein Recht auf eine ihm vortheilhaftere oder größere Leiſtung ableitet.

Die Bl. — angeführte Erklärung des Beklagten: „Kläger ſolle den (im Auftrage des Hauptſchuldners begonnenen) Bau nicht liegen laſſen, ſondern fortführen und Alles, was dabei nöthig werden würde, ausführen, er, Beklagter, würde ihm dafür aufkommen und Kläger ſolle dabei nichts verlieren", iſt, ſoviel zuvörderſt den Sinn dieſer Worte nach dem herrſchenden Sprachgebrauche betrifft, ganz deutlich. Es laſſen ſich aber auch die Worte „dafür" und „dabei"

in ihrem Zusammenhange mit dem übrigen Inhalte dieser Erklärung nur auf die Fortführung des bereits begonnenen, nicht auf die Ausführung des Baues in seiner Gesammtheit beziehen, weil eben nur von jener und nicht von dieser die Rede ist. Insbesondere stehen die Worte: „und Kläger solle dabei nichts verlieren", in einer so natürlichen, logischen und grammatischen Verbindung mit den Worten: „Beklagter würde ihm dafür aufkommen", daß es unzulässig erscheint, in diesen beiden Sätzen zwei objectiv verschiedene Zusagen, von denen die eine nur die Kosten des Weiterbaues, die andere die Kosten des gesammten Baues beträfe, zu finden, zumal die letztere Zusage die erstere überflüssig gemacht haben würde. Daß die Betheiligten die gebrauchten Worte in einer anderen, dem Kläger günstigeren Bedeutung genommen hätten (vergl. §. 810. des bürgerl. Gesetzbuchs), läßt sich aus den in der Klage sonst noch angeführten Umständen nicht für bewiesen ansehen. Im Interesse des Klägers mochte es liegen, daß Beklagter eine Haftung für die Kosten des gesammten Baues übernehme; hieraus folgt aber noch nicht, daß er die Absicht, eine Bürgschaft für die sämmtlichen Baukosten zu verlangen, wirklich gehabt und daß diese Absicht von dem Beklagten erklärt worden sei. Denn in der ersteren Beziehung wäre es sehr wohl denkbar gewesen, daß der Kläger einerseits in der Erwägung, daß sich der Beklagte nicht ohne bewegende Gründe zur Leistung einer Bürgschaft verstehen würde, andererseits in der Erwartung, daß er wegen bereits gelieferter Arbeiten seine Befriedigung von dem Hauptschuldner noch erlangen könne, sein Absehen blos auf eine Intercession des Beklagten wegen des bei Fortführung des Baues künftig noch entstehenden Aufwandes gerichtet habe. In der letzteren Hinsicht dagegen ist zu gedenken, daß die Frage, welche der Kläger nach Bl. — dem Beklagten gestellt haben will, und in Folge deren der Letztere die streitige Erklärung abgegeben haben soll, noch gar keine directe Aufforderung zur Bürgschaftsleistung enthält, und daß sich insbesondere aus der Frage: „ob er den Bau liegen lassen solle?" die Absicht des Klägers, den bereits begonnenen Bau nur dann fortzuführen, wenn Beklagter auch für die Bezahlung der bereits fertigen Arbeit einstehen wolle, nicht erkennen läßt. Im Gegentheile wäre nach dieser Frage der Beklagte vollkommen berechtigt zu der Voraussetzung gewesen, daß es dem Kläger nur darum zu thun sei, eine Sicherstellung für die beim Fortbaue noch zu liefernden Arbeiten zu bekommen. Die Rücksicht auf den Nachtheil, welchen das andernfalls vom Kläger angedeutete Liegenlassen des Baues für den Schwiegersohn des Beklagten zur Folge gehabt haben würde, erscheint als ein passendes Motiv auf Seiten des Klägers für das Verlangen, auf Seiten des Beklagten für die Uebernahme dieser beschränkten Verbürgung. Uebrigens würde, selbst wenn der Kläger bei seiner Anfrage die Absicht, eine weitergehende Bürgschaft zu erhalten, deutlich ausgesprochen hätte, dennoch der dem Beklagten Bl. — in den Mund gelegten Antwort ihrem Wort-

laute zufolge und im Zweifel nur den Sinn untergelegt werden können, daß er dieser Intention nicht entsprechen, sondern nur eine geringere Haftung übernehmen wolle."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Lägel's ÷ Hennicker, vom 5. Oct. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Leipzig.)

33.

Der Versicherungsnehmer ist, dafern im Versicherungsvertrage nicht etwas Anderes bedungen worden, zur Bezahlung der ersten Jahresprämie nicht gehalten, wenn der Versicherer von dem Genusse dieser Prämie den Eintritt seiner Verpflichtung zur Uebernahme des versicherten Risiko's abhängig gemacht hatte.

„Nach den das Wesen des Versicherungsvertrages kennzeichnenden allgemeinen Grundsätzen

Mittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, Abth. 2. §. 302. S. 686 (5te Ausg.).

M. Pöhls, Darstellung des gem. deutschen Handelsrechts, Bd. IV. Abth. 2. §. 637. S. 477.

Hillebrand, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, 2te Aufl. §. 158. S. 598.

wird zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer keineswegs eine gegenseitige Haftung in der Weise begründet, daß der Versicherer gegen die Erklärung seiner Bereitwilligkeit, das versicherte Risiko eintretenden Falles tragen zu wollen, die Berechtigung erlangte, den Versicherungsnehmer zur Zahlung der ausgeworfenen Prämie anzuhalten; es übernimmt vielmehr lediglich der Versicherer die Verpflichtung gegen die mit Rücksicht auf den Fall des Eintrittes des bei der Versicherung vorgesehenen Ereignisses und mit Rücksicht auf die hierdurch dem Versicherer drohende Gefahr bemessene Prämienzahlung, die Versicherungssumme dem Versicherten zu vergüten. Letzterer ist es, welcher sich gegenüber einem gefürchteten Ereignisse durch die Ableitung der Gefahr auf die Versicherer Sicherheit und Beruhigung zu verschaffen sucht; will er diese Sicherheit und Beruhigung nicht ferner haben, so steht es ihm, dafern nicht ganz besondere Vereinbarungen etwas Anderes feststellen, jederzeit frei, diese Vortheile aufzugeben; der Versicherer seinerseits wird hierdurch von der Haftung für die übernommene Gefahr befreit, — eine selbstständige Berechtigung aber, den Versicherungsnehmer zu nöthigen, daß er trotzdem noch die Prämie zahle, für ein Risiko, welches für den Versicherer nicht mehr vorhanden ist, läßt sich nach allgemeinen Grundsätzen rechtlich nicht begründen.

Im vorliegenden Falle ist eine besondere Verabredung des vorgedachten Inhaltes von der klagenden Versicherungsgesellschaft nicht

in Bezug genommen worden. Die speciellen Vereinbarungen der Parteien, welche gegenwärtig als entscheidend angesehen werden können, finden sich, wenn man der eigenen Darstellung der Klägerin folgt, in der Klagbeifuge D. Bl. —, dem, wie Klägerin behauptet, vom Beklagten an sie gerichteten Versicherungsantrage. Darnach — Art. 2. der Bl. — enthaltenen „allgemeinen Bedingungen" — soll die Klägerin, wenn jährliche Prämienzahlung festgestellt worden ist, überhaupt erst dann aus der Versicherung verbindlich werden, wenn die erste Jahresprämie — und um diese handelt es sich im gegenwärtigen Processe — bezahlt ist. Diese Zahlung ist die Bedingung, mit deren Eintritt erst die rechtliche Wirkung des Versicherungsvertrages beginnen soll. Der Genuß der ersten Jahresprämie ist es, von welchem die Klägerin den Eintritt ihrer Verpflichtung zur Uebernahme des versicherten Risiko's abhängig gemacht hat; dafür, daß Klägerin von Genehmigung des Versicherungsantrags ihrerseits an oder von Ausstellung und Uebereignung einer auf diesen Antrag gegründeten Police an den Beklagten, habe die Gefahr der Versicherung übernehmen wollen, bieten die Anführungen der Klägerin eine haltbare Unterlage nicht. Im Gegentheile, Klägerin hat im Replikſatze Bl. — ausdrücklich daran festgehalten, daß ihre Haftung erst eintrete, wenn Beklagter die erste Jahresprämie abgeführt habe. Nun ist aber keine gesetzliche Vorschrift vorhanden, auf welche hin die Klägerin dem Beklagten ansinnen könnte, die fragliche Prämienzahlung vorzunehmen lediglich um die Bedingung, von welcher *ihre* Verbindlichkeit abhängt, zu erfüllen und dadurch das Eintreten derjenigen Voraussetzung herbeizuführen, ohne welche eine Berechtigung ihrerseits auf die geforderte Prämie nicht gedacht werden kann.

Wenn nun die Klägerin auf weitere Abmachungen zwischen ihr und Beklagtem, wornach derselbe sich verpflichtet hätte, in jedem Falle und selbst ohne daß es zur Wirksamkeit der gerade den Zweck der versicherungbildenden Haftung der Klägerin käme, die erste Jahresprämie zu zahlen, sich nicht bezogen hat, so ist auch nicht abzusehen, wie dieselbe auf die jetzt vorliegenden Bestimmungen in der Klagbeifuge D. hin den Beklagten, welcher Bl. — und beim 58sten Einlassungspunkte mit hinreichender Bestimmtheit erklärt hat, wie er die Zahlung der ersten Jahresprämie unterlassen habe, beziehentlich ablehne, weil er von dem Inkrafttreten der Haftung der Klägerin absehe, zur Zahlung dieser Jahresprämie gehalten erachten will.

Die in dem Versicherungsantrage unter D. Bl. — für die Klägerin enthaltene Ermächtigung, die Prämie gegen eine vom Director der Gesellschaft ausgestellte und von einem der Verwaltungsräthe visirte Anweisung sofort, nach Gutheißung des Antrags einziehen zu lassen, muß im Zusammenhange mit der oben gedachten Bestimmung in Art. 2. Bl. — verstanden werden; denn auch diese Bestimmung ist im Eingange des Antrages Bl. — ausdrücklich als eine solche be-

zeichnet worden, welche für die auf den Antrag hin einzugehende Versicherung maßgebend sein solle. In diesem Zusammenhange aber kann die fragliche Ermächtigung nur dahin verstanden werden, daß Beklagter, soweit er durch Zahlung der ersten Jahresprämie den Eintritt der Haftung der Klägerin aus der Versicherung herbeizuführen gemeint sei, formell, mit der Art der Einhebung der Prämie auf dem Bl. — bezeichneten Wege einer Anweisung, einverstanden sei.

Es erscheint allerdings nicht ausgeschlossen, daß auf Grund des Inhalts der, wie Klägerin Bl. — behauptet und Beklagter bei Einlassungspunkt 49. zugesteht, von Ersterer ausgestellten, auch dem Beklagten übermittelten und von diesem in Empfang genommenen Police nach Umständen auch auf Grund der Gesellschaftsstatuten, eine von der vorstehend dargelegten Auffassung abweichende, der Klägerin günstige Anschauung Platz ergreifen, und insbesondere zu der Annahme gelangt werden könnte, daß Beklagter durch Annahme des Versicherungsdocumentes sich thatsächlich mit der seinerseits zu bewirkenden Zahlung der jetzt geforderten Prämie einverstanden erklärt habe. Allein in dieser Beziehung fehlt es der gegenwärtig vorliegenden Klage an ausreichender thatsächlicher Begründung."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Lebensversicherungsanstalt Caisse générale des familles zu Paris ÷ Wangelin, vom 7. Oct. 1869.*) — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Chemnitz.)

34.

Zur Lehre vom Lieferungsorte. — Der Kläger, welcher aus der nicht erfolgten Lieferung Schädenansprüche ableitet, hat zur Begründung der Klage anzuführen, daß er die am Lieferungsplatze erforderliche Vorkehrung zur Abnahme der Waare getroffen habe (zu Art. 342. und 357. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs).

„Wenn dem Anführen der Klägerin gemäß von den Parteien verabredet worden ist, es solle Beklagter die verkauften Rapskuchen regelmäßig „an das Elbkai in Dresden, wo die Elbkähne auf- und abgeladen werden", liefern, so erscheint die Frage, ob durch die vorbezeichnete Lieferungsmodalität die Erfüllung — abweichend von der Regel in Art. 342. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs — auf den Ort der Handelsniederlassung des Käufers, der Klägerin, oder auf einen dritten Ort verlegt werde? als eine practisch einflußlose, und es erledigt sich damit von selbst die weitere Frage, ob, wie Klägerin Bl. — auszuführen gesucht hat, der Begriff eines „dritten Ortes" auf ein von dem der Contrahenten verschiedenes „Gemeindegebiet" zu beschränken sei? Diejenige Oertlichkeit, an welcher die in

*) Die IV. Instanz ist den obigen Grundsätzen in ihrem Urthel vom 22. Januar 1870 beigetreten.

Dresden domicilirende Klägerin ihre Handelsniederlassung hat, ist der vorbezeichnete Ablieferungsplatz sicher nicht: darüber lassen die Auslassungen der Parteien Bl. — verglichen mit Bl. — wie die von der Klägerin insoweit nicht bestrittene Auffassung des Erkenntnisses erster Instanz Bl. — keinen Zweifel. Das in der fraglichen Verabredung liegende Einverständniß der Contrahenten, daß in anderer als in der bedungenen Weise nicht geliefert und abgenommen werden solle, schließt daher von selbst die Handelsniederlassung der Klägerin als den zur Vornahme dieser Vertragshandlungen geeigneten Ort oder Raum aus 2c.

So wenig hiernach von einer Verbindlichkeit des Beklagten, die Waare in die Handelsniederlassung der Klägerin zu liefern, die Rede sein kann, eben so wenig mag aus dem Umstande, daß eine die Monate September und October 1867 umfassende Lieferungsfrist bedungen gewesen ist, die Folgerung abgeleitet werden, daß Beklagter wenigstens zu der Oblation beziehentlich der Ankündigung der beabsichtigten Lieferung in der Handelsniederlassung der Klägerin gehalten gewesen, durch deren Unterlassung aber in einen, die Klägerin jeder weiteren Thätigkeit überhebenden Verzug gerathen sei.

Es mag dahin gestellt bleiben, ob Beklagter berechtigt gewesen sei, am letzten Tage der Lieferungsfrist die verkaufte Waare an dem bezeichneten Platze auch in Abwesenheit und ohne alle Concurrenz der Klägerin abzuladen; als verpflichtet hierzu, wie Bl. — behauptet wird, kann er nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts nicht angesehen werden. Denn es ist keine den Beklagten völlig liberirende Erfüllung des Vertrags, wie sie doch bei der bedungenen Lieferung in jener Stipulation unverkennbar vorausgesetzt wird, wenn die Abladung am bezeichneten Platze ohne Mitwirkung oder Controle Seiten des andern Theils, mithin unter Umständen erfolgt, welche den Beklagten der Nothwendigkeit ausgesetzt lassen, den rechtlichen Character der Lieferung als Erfüllungsact noch besonders nachzuweisen, beziehentlich gegen den Anschein bloßer Dereliction der Waare zu sichern. Selbst angenommen aber, daß Beklagter zu Abwendung des Verzugs seinerseits wenigstens am letzten Lieferungstage seine Bereitheit zur Vertragserfüllung durch Realoblation oder durch eine sonstige positive Thätigkeit am Ablieferungsplatze darzulegen gehabt habe, ist hier vor Allem zu beachten, daß nicht Beklagter, sondern Klägerin diejenige Partei ist, welche aus dem Verzuge des Gegentheils Schädenansprüche ableitet. Der Klägerin liegt es deshalb ob, durch die Beziehung auf ihre Bereitheit zur Vertragserfüllung die Annahme eines auch auf ihrer Seite vorhandenen, mithin mit dem des Beklagten sich gegenseitig aufhebenden Verzugs auszuschließen. In dem vorliegenden Falle ist nach dem, was über die Zahlungsleistung zu Gunsten der Klägerin bereits Bl. — von zweiter Instanz ohne Widerspruch des Beklagten angenommen worden ist, der Nachweis jener Bereitheit zwar auf die vertragsmäßige Abnahme am Lieferungsplatze zu be-

schränken. Allein der Nachweis, daß sie zum Mindesten am letzten Tage der Lieferungsfrist zu der vertragsmäßigen Mitwirkung bei ordnungsmäßiger Abwickelung des Geschäfts bereit gewesen sei,

vergl. Annalen, Bd. VIII. S. 443.

mithin die am Lieferungsplatze erforderliche Vorkehrung zu Abnahme der Waare getroffen habe, kann der Klägerin in alle Wege nicht erspart werden, weil außerdem der Schaden der Nichterfüllung des Vertrags nicht auf den Verzug des Beklagten allein, sondern zugleich auf ihre eigene Mitverschuldung zurückzuführen sein würde.

Eines in dieser Richtung erheblichen Anführens ermangelt aber die erhobene Klage gänzlich. Erst in der Replik Bl. — ist Klägerin mit einem Anführen hervorgetreten, in welchem sie die zu Abnahme der Waare am Lieferungsorte getroffene Veranstaltung darzuthun sucht. Daß jedoch dieses Anführen als verspätet schon aus formellem Grunde rechtliches Absehen nicht verdient, darüber ist man mit der zweiten Instanz einverstanden ꝛc.

Die von zweiter Instanz ausgesprochene durchgängige Abweisung der Klage stellt sich hiernach als vollkommen gerechtfertigt dar."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Handelsgesellschaft „Gebrüder Heller" ÷ Bienert, vom 7. October 1869. — Ger.-Amt Dresden.)

35.

Befugniß des Proceßrichters, unter geeigneten Umständen auf Ansuchen des Provocanten justizpolizeiliche Maßregeln zu ergreifen, um dadurch der Tendenz des Provocationsprocesses Genüge zu verschaffen.

„Soviel die von dem Provocaten eingewendete Appellation anlangt, so lassen sich keine begründeten Bedenken dagegen aufstellen, daß der Proceßrichter unter geeigneten Umständen und insonderheit dann, wenn, wie hier der Fall, der Fortstellung der auf vorgängigen Provocationsproceß von dem Provocaten eingereichten Hauptklage Hindernisse entgegentreten, deren Beseitigung in die Hände des Provocaten selbst gegeben ist, für befugt zu achten sei, auf Ansuchen des Provocanten justizpolizeiliche Maßregeln zu ergreifen, um durch dieselben der Tendenz des Provocationsprocesses Genüge zu verschaffen. Hat nun im gegenwärtigen Falle der Provocat seine Hauptklage zwar innerhalb der ihm in dem Bl. — anzutreffenden Bescheide gesetzten dreiwöchigen Frist bei Gericht eingereicht, dadurch aber, daß er unterlassen, den Seiten des Proceßgerichts für erforderlich geachteten Kostenvorstand zu bestellen, die Ausfertigung auf die eingereichte Klage gehindert, so würde, wollte man es dem Belieben des Provocaten überlassen, ob er den ihm abverlangten Kostenvorstand bestellen oder einen gesetzlichen Befreiungsgrund nachweisen wolle, der angezogene Bescheid seine rechtliche Wirksamkeit verlieren und der Provocant in

die ungünstige Lage versetzt werden, daß der Anspruch, dessen Provocat ihm gegenüber sich berühmt, und dessen Austragung Provocant durch Anstellung des Provocationsprocesses herbeizuführen angestrebt hat, unerledigt und die Sache mithin in dem Zustande bleibe, in welchem sie sich zur Zeit der Anstellung der Provocationsklage befand. Der Provocant hat aber durch das den Provocaten zur Anstellung der Hauptklage verurtheilende Erkenntniß nicht blos das Recht erlangt, daß Provocat, wollte er nicht in das ihm angedrohte Präjudiz verfallen, die Hauptklage binnen der ihm gesetzten Frist bei Gericht einzureichen hatte, sondern er kann auch auf Grund jenes Erkenntnisses verlangen, daß Provocat zur gehörigen Fortstellung der eingereichten Hauptklage angehalten werde, und wenn daher die vorige Instanz entschieden hat, daß Provocat, damit die Fortstellung des Hauptprocesses erfolgen könne, binnen drei Wochen einen Kostenvorstand zu bestellen oder einen gesetzlichen Befreiungsgrund nachzuweisen habe, so erscheint das nach Lage der Sache eben so gerechtfertigt, als die gleichzeitige Androhung ewigen Stillschweigens für den Unterlassungsfall. Man hat deshalb kein Bedenken tragen können, das vorige Urthel zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Heller's ÷ Elb, vom 7. Oct. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Dresden.)

36.

Die Disposition in §. 20. des gesch. Banquer.-Mandates vom 20. Dec. 1766 bezieht sich ebensowohl auf Fälle einer ausdrücklichen, als auf Fälle einer stillschweigenden Creditertheilung.

„Der Ansicht des Beklagten, daß die Disposition in §. 20. des geschärften Banquerottirmandates vom 20. Dec. 1766 nur dann Anwendung finden könne, wenn ausdrücklich unter den Kaufscontrahenten verabredet worden sei, daß der Kaufpreis nicht vor oder bei Empfang der Waare, sondern erst einige Zeit später bezahlt werden solle, ist nicht beizupflichten. Sie findet weder in der Tendenz, noch in den Worten des Mandates Unterstützung.

Fragt man nach der Tendenz der fraglichen Bestimmung, so geht diese unbestritten dahin, dem Kaufmanne, der vom Abkäufer arglistiger Weise zum Creditgeben verleitet worden war, insofern zu Hülfe zu kommen, als ihm das Recht gegeben wird, die verkauften Waaren zu vindiciren. Das Gesetz statuirt hinsichtlich jener Arglist des Abkäufers eine Präsumtion in dem Falle, wenn der Abschluß des Handels innerhalb der letzten zwei Monate vor der Insolvenzanzeige oder dem Austreten des Schuldners stattgefunden hatte, und es beruht dies, wie aus §. 12. desselben Mandates hervorgeht, auf der Vorstellung, daß der Käufer präsumtiv schon zur Zeit des Kaufsabschlusses im Zustande materieller Insolvenz sich befunden und diesen seinen

Zustand gekannt habe, sowie daß dieser dolus ein sogenannter dolus dans causam contractui sei, und eben deshalb hindere, daß das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer übergehe.

Vergl. u. A. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. 5. S. 491 f. u. Bd. 30. S. 55 f. Nr. 10.

Offenbar würde nun aber der erwähnte Zweck der gedachten gesetzlichen Bestimmung sehr häufig verloren gehen, wenn sie nur für den Fall Anwendung finden sollte, wenn ausdrücklich auf Credit gehandelt war. Eine solche Beschränkung liegt in den Worten nicht. Das ältere Banquerottirmandat vom 7. Jan. 1724 hatte sich in der fraglichen Beziehung in §. 16. so ausgedrückt:

„und da sich auch öfters, besonders unter Kauf- und Handelsleuten, zuträgt, daß einer bei dem andern Waaren kauft, solche auch empfänget und bald darauf durchgehet ꝛc."

während die bezügliche Bestimmung in §. 20. des geschärften Banq.-Mandates vom 20. Dec. 1766 dahin lautet:

„Da sich auch öfters zuträgt, daß ein Kauf- und Handelsmann Waaren auf Credit ausnimmt und bald darauf durchgehet oder ꝛc."

Im älteren Mandate ist also an der angeführten Stelle das Wort „Credit", die Redensart „auf Credit ausnehmen" gar nicht gebraucht, und doch ergiebt sich aus dem ganzen Zusammenhange, daß man eben den Fall treffen wollte, wenn vom Verkäufer Credit gegeben, oder, wie das neuere Mandat sich ausdrückt, wenn die Waare auf Credit ausgenommen worden war. Nun nimmt aber ein Kaufmann Waaren nicht blos dann auf Credit aus, wenn er bei Abschluß des Handels ausdrücklich wegen der Zahlung des Kaufpreises sich Credit ausbedingt und solchen vom Verkäufer ausdrücklich verwilligt erhält, sondern auch dann, wenn er stillschweigend Creditertheilung beansprucht und erlangt, wie dies z. B. dann der Fall ist, wenn der Käufer, ohne den Kaufpreis bezahlt zu haben, die Waare mit sich fortnimmt, oder wenn der Verkäufer sie ihm im guten Vertrauen auf seine Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit ohne Bezahlung verabfolgen und zugehen läßt, — ein Fall, welcher besonders dann häufig vorkommt, wenn Käufer und Verkäufer an verschiedenen Orten wohnen. Die Fassung des Gesetzes ist mithin eine solche, welche sich eben sowohl auf Fälle einer ausdrücklichen, als auf Fälle einer stillschweigenden Creditertheilung bezieht, also keinen dieser Fälle ausschließt. Hier aber liegt der Fall einer stillschweigenden Creditirung vor, wenn Kläger, ohne den Kaufpreis empfangen zu haben, die von Naundorfen bei ihm bestellte Waare diesem direct zusendete."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Jacobsohn's ÷ den Cur. bon. in Naundorf's Creditw., vom 7. October 1869. — Ger.-Amt Leisnig.)

37.

Zur Lehre von der Interpretation von Verzichtserklärungen (zu §. 135. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Soviel die Bl. — unter 2 a. vorgeschützte Verzichtseinrede betrifft, hat Man nicht umhin gekonut, der Ansicht der ersten Instanz, daß dieser Einrede rechtliche Beachtung zu schenken sei, vor der entgegengesetzten Auffassung der zweiten Instanz den Vorzug einzuräumen, da kein hinreichender Anlaß vorhanden ist, die in der Bl. — abschriftlich zu den Acten gebrachten Urkunde B. vom 21. Jan. 1868 ausgedrückte Entsagung der Klägerin auf alle gegen den Beklagten etwa zu erhebenden Ansprüche wegen zu großer Allgemeinheit dem Klaganspruche gegenüber als eine wirkungslose zu betrachten.

Der früher nicht selten aufgestellte Grundsatz, daß ein generell gefaßter, ohne nähere Bezeichnung der einzelnen aufzugebenden Ansprüche erklärter Verzicht schlechthin unverbindlich sei,

vergl. Sintenis, das practische gem. Civilrecht, Bd. I. §. 25. Anm. 21. S. 223 der 2. Aufl.

ist dem bürgerl. Gesetzbuche fremd. Nach den Principien des letzteren ist vielmehr ein derartiger Verzicht wie jedes andere Rechtsgeschäft zu beurtheilen und insoweit, als bei Anwendung der gewöhnlichen Interpretationsregeln mit Sicherheit erkennbar ist, auf welche Ansprüche sich derselbe beziehe, vollkommen gültig, weshalb es für die Ermittelung des Inhaltes eines ganz unbeschränkten Verzichtes auf alle dem Verzichtenden gegen den andern Theil zustehenden Rechte hauptsächlich darauf ankommt, welche Rechte des Verzichtenden zur Zeit der Verzichtserklärung nicht nur schon zur Entstehung gelangt, sondern auch demselben vollständig bekannt und bei Abgabe der betreffenden Erklärung von ihm als Gegenstand der Verzichtleistung in das Auge gefaßt worden seien.

Vergl. Siebenhaar's Commentar zum bürgerl. Gesetzbuche, Bd. I. S. 158 zu §. 135.

In dem gegenwärtigen Falle ist nun unbedenklich davon auszugehen, daß Klägerin, wenn dieselbe wirklich zu der in der Klage angegebenen Zeit mit dem Beklagten fleischlichen Umgang gehabt, bei dem Abschlusse des fraglichen Verzichtsvertrages sich der Ansprüche, welche ihr gegen den Beklagten in Folge der Geburt des in der Klage gedachten Kindes erwachsen waren, wohl bewußt gewesen ist und solche als Gegenstand ihres Verzichtes mit in Betracht genommen hat. Ebenso läßt sich ohne Weiteres voraussetzen, daß der Beklagte seinerseits, als ihm die vorbemerkte Urkunde ausgestellt worden, diese Ansprüche gleichfalls im Sinne gehabt hat. An und für sich, und so lange nicht aus anderen Momenten besondere Zweifel hervortreten, sind daher die bis zur Vollziehung jenes Schriftstückes bereits aufge-

laufenen Alimentengelder als in dem beurkundeten Verzichte mit inbegriffen anzusehen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der unverehel. Kirchner ÷ Jung, vom 14. Oct. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Leipzig.)

38.

Eid über die „Kundenüblichkeit" der angesetzten Preise.

„Die Bl. — vom Kläger erklärte Adhäsion an Beklagtens Berufung ist materiell unbegründet. Kläger will in dem Bestärkungseide bezüglich der Kundenüblichkeit der angesetzten Preise die Worte:

„seinen übrigen Kunden"

in die Worte:

„anderen Kunden"

umgewandelt haben. Dies erscheint jedoch überflüssig und deshalb unzulässig. Denn in der eidlichen Versicherung, daß er die geforderten Preise zur Zeit der Lieferung an den Beklagten auch seinen übrigen Kunden „in Ansatz zu bringen gepflegt" habe, liegt schon soviel genugsam ausgesprochen, daß die Preise, wie er sie dem Beklagten angesetzt hat, die Regel gebildet hätten und solche gewesen seien, wie er sie, wenn nicht besondere Umstände eine Ausnahme erheischten, auch seinen übrigen Kunden angesetzt habe. Kläger hat eben nur diese Regel eidlich zu erhärten, und dies würde der Fall sein und muß erfordert werden, mag man nun die Worte: „seinen übrigen Kunden", oder: „anderen Kunden" in die Eidesnotul aufnehmen. Dagegen würde aber Kläger den gedachten Bestärkungseid nicht mit gutem Gewissen leisten können, wenn er hinter den von ihm verlangten Worten: „anderen Kunden" etwa die Versicherung verstecken wollte, daß er „ausnahmsweise" etwa einem oder dem anderen seiner Kunden dieselben Preise, wie dem Beklagten, angesetzt habe. Dies würde dem Begriffe der Kundenüblichkeit, wie er sie in der Klagschrift behauptet hat, widersprechen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Bühl's ÷ von Quandt, vom 14. Oct. 1869. — Ger.-Amt Stolpen.)

39.

Eigenthumsgiro? oder Procuraindossament? — Im Falle des letzteren sind die dem Mandanten gegenüber zustehenden Einreden auch gegen dessen Indossatar wirksam (zu Art. 82. u. 17. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs).

„Zu Abänderung des von beiden Theilen angefochtenen Erkenntnisses zweiter Instanz auf Widerklägers Berufung ist Man vornehmlich durch eine abweichende Auffassung derjenigen Klagbehauptungen geführt worden, mittelst deren Widerkläger nachzuweisen gesucht hat, daß er die ihm gegen den Vormann und Indossanten des Wider-

beklagten, Eduard Mendel Raudnitz, zustehenden Exceptionen auch dem Widerbeklagten gegenüber geltend zu machen berechtigt sei.

Das Oberappellationsgericht hat seither die Rechtsmeinung befolgt, daß der Einrede, es sei das den Wechselkläger legitimirende sogenannte Eigenthumsindossament nur die das bloße Auftragsverhältniß des Ersteren verdeckende Form, der Indossant der wirkliche Wechselinhaber und deshalb der Indossatar als dessen Mandatar auf den wider den Indossanten zustehenden Einreden ausgesetzt, durch die Vorschrift der allgem. deutschen Wechselordnung in Art. 82. verglichen mit Art. 17. diejenige Rechtswirkung nicht entzogen worden ist, welche ihr im Sächs. Particularrechte (§. 15. des Anhangs zur Erl. Proceßordnung) unbezweifelt zukam. Die Gründe dafür sind in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 16. S. 460 ff. und in den Annalen des Oberappellationsgerichts, N. F. Bd. III. S. 268 ff.*) mitgetheilt und ein Anlaß, darauf jetzt zurückzukommen, ist durch die gegenwärtige Sachlage um so weniger geboten, als die gedachte Rechtsmeinung von der zweiten Instanz Bl. — ausdrücklich gebilligt worden ist, und selbst der Widerbeklagte Bl. — hauptsächlich das Vorhandensein der zu ihrer Anwendung unerläßlichen thatsächlichen Unterlagen bestritten hat. Der Letztere stimmt hierin mit der zweiten Instanz überein, welche das Klaganführen nicht genügend für die Annahme findet, daß das Indossament, auf welches Widerbeklagter seine Legitimation in der Conventionssache gestützt hat, nicht zu Uebertragung des Eigenthumes am Wechsel, sondern lediglich zu dessen Incasso ertheilt worden sei. Nun ist zwar als in der Natur der Sache liegend zuzugeben, auch von dem Oberappellationsgerichte in dem in den Annalen a. a. O. referirten Rechtsfalle ausgesprochen worden, daß die Frage, ob in Wahrheit Eigenthums- oder Procura-Indossament vorliege, immer aus den besonderen Umständen des concreten Falles zu beantworten sei. Allein eben deshalb können die speciellen thatsächlichen Momente des nurerwähnten Rechtsfalles nicht schlechthin für den jetzigen Fall als maßgebend gelten, nur die dort dargelegte principielle Auffassung der Sache ist das auch hier entscheidende Moment, und bei deren Festhaltung gelangt man nach Ansicht des Oberappellationsgerichts zu völlig gleichem Ergebnisse.

Es kann, wie Widerkläger Bl. — nicht mit Unrecht hervorhebt, gegenwärtig nicht, wie in dem mehrerwähnten Präjudize, von der Voraussetzung eines correcten kaufmännischen Wechselverkehrs der Betheiligten ausgegangen werden. Denn daß der Indossant der fraglichen Wechsel, Eduard Mendel Raudnitz, Kaufmann im technischen Sinne sei und insbesondere Bankier- oder Geldwechslergeschäfte gewerbmäßig betreibe, ist daraus allein, daß er dem Pflegebefohlenen Widerklägers zu wiederholten Malen Gelder gegen Ausstellung von Wechseln dargeliehen hat, eben so wenig zu folgern, als der Umstand,

*) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 30. S. 67 ff. Nr. 15.

daß Oskar Mendel Raudnitz auf mehrere dieser Wechsel als Indossatar figurirt, für sich allein zu einem Schlusse auf seine kaufmännische Qualität berechtigt. Bei dem nahen Verwandtschaftsverhältnisse, in welchem Beide als Vater und Sohn zu einander stehen, ist auch ihre Berührung in den fraglichen Wechseln ohne das Bestehen einer kaufmännischen Geschäftsverbindung und überhaupt irgend eines gegenseitigen Schuldverhältnisses gar wohl denkbar. Zum Mindesten liegt in der thatsächlichen Gestaltung des Falles kein Grund, die Entstehung des Indossaments auf einen Schuldnexus Beider zurückzuführen, oder mit einem solchen, wie Bl. — geschehen, in Verbindung zu denken.

Nach Widerklägers Anführen im 6ten und 19ten Klagabschnitte soll nun Eduard Mendel Raudnitz den Widerbeklagten beauftragt haben, die Bl. — der Acten sub Lit. W. No. 1808. und Bl. — des Fascikels sub Lit. W. No. 1235. in Abschrift ersichtlichen Wechsel gegen den Freiherrn von Watzdorff geltend zu machen und eingehende Zahlung an ihn, den älteren Raudnitz, abzuliefern. Daß diese Erklärung bei Begebung der vorgedachten Wechsel mittelst Ausstellung von Blancogiri abgegeben sein solle, ist bei Beachtung des Zusammenhanges, in welchem dem Klagvorbringen zufolge die Erklärung als factische Begründung der vorausgeschickten Behauptung eines bloßen Incassogiro's erscheint, nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts nicht füglich zu bezweifeln, mithin die entsprechende Fassung der Delateide Bl. — gerechtfertigt. Auch ist darin, daß Widerbeklagter die Wechsel angenommen und unter Benutzung der von seinem Vater ausgestellten Blancogiri gegen den Freiherrn von Watzdorff im Processe geltend gemacht hat, die Annahme des Auftrags bis zum Nachweise eines Anderen thatsächlich zur Genüge ausgesprochen zu befinden.

Unter den vorliegenden Umständen kann aber der fragliche Auftrag blos als ein Incassoauftrag und das Behufs seiner Ausführung ertheilte Blancogiro nur als ein in die Form eines Eigenthumsgiro's gehülltes Procuraindossament im Sinne der allgem. deutschen Wechselordnung Art. 17. betrachtet werden. Widerbeklagter sollte den erhobenen Wechselbetrag nicht für sich behalten, oder auch nur seinem Indossanten in Rechnung gutschreiben, sondern „eingehende Zahlung" an Letzteren ganz ebenso abliefern, wie jeder Beauftragte zu thun gesetzlich verpflichtet ist (bürgerl. Gesetzbuch §. 1310.). Irgend eine Andeutung dafür, daß Widerbeklagter Eigenthümer des Wechsels wirklich sein, nicht blos dem Wechselschuldner im Scheine eines solchen gegenüber treten solle, ist in dem Vertrage nicht gegeben. Es mag auch im Hinblick auf die obenberührten persönlichen Verhältnisse der Contrahenten nicht als selbstverständlich gelten, daß Widerbeklagter den Grundsätzen kaufmännischen Verkehrs gemäß sich als Schuldner des Wechselbetrags anzusehen und dem Indossanten solchen in Gutschrift zu bringen gehabt habe, wie solches bei den im Verhältnisse laufender Rechnung stehenden Kaufleuten allerdings üblich ist (An-

nalen a. a. O. S. 272 f.). Die für den gebrauchten Eidesantrag allerdings ungeeignete weitere Behauptung Widerklägers, daß die ganze Operation nur die Abschneidung der Einwendungen des Wechselschuldners bezweckt habe, kann daher auf sich beruhen, wie erheblichen Anschein sie auch für sich hat, wenn man den ungünstigen Erfolg der von Eduard Mendel Raudnitz selbst gegen den Wechselschuldner nach Ausweis der Beilagsacten sub Rep. II. Cap. III. a. Lit. W. No. 43. angestellten Klage und den durch die Einwendungen des Wechselschuldners herbeigeführten rechtskräftigen Stand der Sache berücksichtigt. Auch von Widerklägers Beziehung darauf, daß Widerbeklagter nicht die geringste Valuta für die Wechsel seinem Indossanten bezahlt habe, kann füglich abgesehen werden. Denn für sich allein würde sie die unentgeltliche Ueberlassung des Eigenthums der Wechsel nicht ausschließen; erst durch das angeführte Auftragsverhältniß wird die Annahme einer solchen beseitigt.

Die in Vorstehendem dargelegte Auffassung jetziger Instanz hat zu dem von der ersten Instanz in der bisher erörterten Präjudicialfrage eingenommenen Standpunkte, mithin zur Wiederherstellung des Erkenntnisses Bl. — geführt, weil darüber, daß die in der Widerklage ausgeführten Exceptionen dem Mandanten des Widerbeklagten gegenüber allerdings wirksam seien, die vorigen Instanzen, obschon zum Theil aus abweichenden Gründen, einverstanden sind und das Oberappellationsgericht bei nochmaliger Prüfung der Sache zu gleichem Resultate mit den vorigen Instanzen gelangt ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen des Dr. Weinhold als Zustandsvormundes des Freih. von Watzdorff ÷ Raudnitz, vom 14. Oct. 1869. — Hand.-Ger. im Bez.-Ger. Dresden.)

40.

Mit Bleistift geschriebene oder unterschriebene Urkunden eignen sich nicht zur Anstellung des Executivprocesses; eben so wenig solche, aus denen der Gegenstand und Umfang der vom Beklagten übernommenen Leistung nicht mit genügender Bestimmtheit hervorgeht.

„Man hat in Uebereinstimmung mit der dem Erkenntnisse erster Instanz Bl. — zu Grunde liegenden Auffassung Bedenken tragen müssen, das Bl. — zu den Acten gelangte Schriftstück, welches die Unterlage der Bl. — erhobenen Executivklage bildet, als eine zu Anstellung des Executivprocesses taugliche Urkunde anzusehen.

Zunächst ist auf diesem Schriftstücke nicht allein die Namenszeichnung des Ausstellers, sondern auch ein Theil des Contextes nur mit Bleistift geschrieben. Schon letzteres schließt aber unter den hier obwaltenden Verhältnissen die Benutzung des betreffenden Documentes für den Urkundenproceß aus. Denn wenn auch die Recognoscibilität und Beweiskraft einer Urkunde zufolge der in dem Bl. — an zweiter

Stelle angezogenen Präjudize*) von dem Oberappellationsgerichte ausgesprochenen Ansicht dadurch, daß ihre Unterschrift mit Bleistift bewirkt worden, keinen Eintrag erleidet, weil auch bei einer derartigen Unterschrift dem Aussteller die Füglichkeit geboten ist, sich darüber, ob dieselbe von ihm herrühre oder nicht, mit Bestimmtheit zu erklären, so schlagen doch, wie schon in dem gedachten Präjudize hervorgehoben, bei einer in dem Executivprocesse producirten Urkunde, deren Context mit Bleistift niedergeschrieben, ganz andere Rücksichten insofern ein, als in dieser Proceßgattung eine diffessio quoad contenta nicht stattfindet und bloße Bleistiftsschrift keine ausreichende Sicherheit für die unversehrte Erhaltung des Niedergeschriebenen gewährt. In der Regel wird daher der Gebrauch einer so beschaffenen Urkunde in der bezeichneten Proceßart — das Bl. — an erster Stelle erwähnte Präjudiz**) bezieht sich auf eine im Ordinarprocesse verhandelte Rechtssache — für unzulässig zu achten sein, zumal dann, wenn die Namenszeichnung unter der Urkunde, wie dies hier zutrifft, eine andere Handschrift erkennen läßt, als der Context derselben. Nun meint zwar die vorige Instanz, daß die ebenbemerkten Rücksichten in dem gegenwärtigen Falle überhaupt nicht eintreten könnten, da der Beklagte Bl. — des Umstandes, daß er eine Urkunde, in deren Contexte die auf dem Bl. — beigebrachten Schriftstücke mit Bleistift verzeichnete Preisangabe sich befunden, unterschriftlich vollzogen habe, gar nicht abredig gewesen, und der sonstige Inhalt dieses Schriftstückes in der Hauptsache ein gedruckter, mithin die Möglichkeit einer Fälschung insoweit ziemlich ausgeschlossen sei. Allein diese Meinung erscheint deshalb nicht allenthalben gerechtfertigt, weil der mit Bleistift geschriebene Abschnitt des Urkundencontextes zugleich die Angabe der Quantität des an den Kläger verkauften Flachses enthält und die letztere nach den Herauslassungen des Beklagten Bl. — gerade den hauptsächlichsten Differenzpunkt unter den Parteien ausmacht. Berührt demnach hier die Bleistiftsniederschrift einen ganz wesentlichen, von dem Beklagten bestrittenen Bestandtheil des Vertrages, zu dessen Nachweise die fragliche Urkunde dienen soll, so hat derselben schon formell die Eigenschaft eines für den Executivproceß geeigneten Documentes nicht beigelegt werden können.

Dazu kommt indessen noch das anderweite Bedenken, daß aus dieser Urkunde der Gegenstand und Umfang der von dem Beklagten übernommenen Leistung nicht mit genügender Bestimmtheit hervorgeht. Denn wenn es in derselben heißt, der Endesunterschriebene habe seinen Flachs von circa 100 Centnern an C. Meyer in Mulda verkauft, so bleibt es nicht nur ungewiß, welcher Sinn mit dem Ausdrucke „seinen Flachs" verbunden worden, sondern es fehlt auch ein näherer Anhalt dafür, wie weit der Spielraum sich zu erstrecken habe,

*) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 25. S. 105. Nr. 31.

**) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 13. S. 65. Nr. 8.

den der Zusatz „circa" bei Bemessung der Quantität der verkauften Waare offen läßt. Die vorige Instanz ist mit Hülfe factischer Momente, welche außerhalb der Urkunde liegen, zu der Interpretation gelangt, daß unter „seinem Flachse" nichts Anderes, als der von dem Aussteller der Urkunde im Jahre 1868 erbaute Flachs zu verstehen sei. Nicht minder hat dieselbe für unbedenklich befunden, das Wort „circa" auf solche bei der Verwiegung der verkauften Partie Flachs sich etwa herausstellende geringfügige Abweichungen von dem garantirten Gewichte an 100 Centnern zu beziehen, denen im Handelsverkehre keine Bedeutung eingeräumt zu werden pflege und deren Fixirung eintretenden Falls noch in dem Executionsverfahren erfolgen könne. Die Inbetrachtnahme dieser Umstände und Erwägungen bei Beurtheilung des Inhaltes der vorliegenden Urkunde ist jedoch nach Ansicht der jetzigen Instanz mit dem Wesen des Executivprocesses, welcher in Gemäßheit der §§. 3. und 4. des Anhanges zur Erl. Proceßordnung klare Brief und Siegel erfordert, aus denen alle zu der beantragten Beurtheilung nothwendigen Unterlagen ohne Weiteres sich ergeben, nicht vereinbar, und auch der gerügte materielle Mangel steht sonach der Benutzung jener Urkunde in der gedachten Proceßart mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur der letzteren entgegen.

Dem Verlangen des Beklagten entsprechend war daher die Entscheidung erster Instanz, soweit solche durch das vorige Urthel abgeändert worden, wieder herzustellen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Meyer's ÷ Wagner, vom 15. Oct. 1869. — Ger.-Amt Sayda.)

41.

Die Negatorienklage ist nicht begründet, wenn es sich nicht um Eingriffe in Klägers Eigenthum, sondern um Verletzungen handelt, welche sich im Wesentlichen nur gegen die Person des Eigenthümers richten; eben so wenig dann, wenn Beklagter Handlungen vorgenommen, ohne welche die ihm zustehende Dienstbarkeit nicht, oder nicht in ihrem vollen Umfange würde haben ausgeübt werden können (zu §§. 321 ff. u. 525 f. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Nach dem Bl. — zu lesenden Klagpetitum hat Kläger eine Verletzung des ihm an der Parcelle Nr. 70. des Flurbuchs für Burgstädtel zustehenden Eigenthums sowohl in dem pct. lit. cont. 10. a. bis 16. gedachten Umstande, daß Beklagter angeblich am 14. August 1868 Steine auf das auf seinem, Klägers, Grund und Boden liegende Gleis des auf der Zeichnung Bl. — mit bb. bezeichneten Feldweges aufgeschüttet, als auch in den bei pct. l. c. 28—32. gedachten Vorgängen, dem Werfen von Steinen auf sein, Klägers, Grundstück und der bei dieser Gelegenheit nach Bl. — abgegebenen Erklärung finden zu dürfen geglaubt.

Wenn die vorige Instanz dagegen weder in dem einen, noch in

dem anderen Vorbringen die ausreichende Begründung einer dem Kläger in seinem Eigenthumsrechte zugefügten, denselben zu Anstellung der Negatorienklage berechtigenden Turbativhandlung erblickt hat, so war derselben beizutreten. Anlangend zunächst das oben an zweiter Stelle gedachte Klagvorbringen, so genügen zu Rechtfertigung der bestätigenden Entscheidung folgende Bemerkungen.

Wenn in den Motiven zu §§. 332—335. des Entwurfs des bürgerl. Gesetzbuchs (§§. 321 ff. des Gesetzes, Specielle Motiven, S. 683 f.) gesagt ist, daß die Vorstellung, daß die actio negatoria blos gegen Verletzungen des Eigenthumes durch servitutische Rechte gegeben sei, dem bürgerl. Gesetzbuche fremd sei, so ergiebt sich schon aus der unmittelbar vorausgehenden, das Wesen der gedachten Klage als einer Eigenthumsklage feststellenden Begriffsbestimmung, daß hierdurch eine Erweiterung dieses Rechtsmittels nur in der Richtung hat ausgesprochen und anerkannt werden sollen, daß damit der Verletzte auch solche, sein Eigenthum beschränkende Eingriffe Anderer, in Bezug auf welche der letztere auf eine ihm zur Seite stehende Dienstbarkeit nicht Bezug genommen, beziehentlich nach Lage der Sache nicht würde haben Bezug nehmen können, zu bekämpfen berechtigt sei. Keinesweges hat jedoch damit ausgesprochen werden sollen, daß die Negatorienklage auch dann als zulässig anzusehen sei, wenn es sich nicht um Eingriffe in das Eigenthum Klägers, sondern um Verletzungen handelt, welche sich im Wesentlichen gegen die Person des gegenwärtigen Eigenthümers, wenn auch in Ausübung eines oder des anderen, an sich in dem Eigenthume liegenden Befugnisses desselben, richten. Der Begriff einer Beschränkung des Eigenthums als solchen bringt es mit sich, daß die Eingriffe von der Beschaffenheit sein müssen, daß der Inhalt des Eigenthumes in seinem objectiven Werthe verlieren würde, falls sich der Eigenthümer diejenige Behinderung, welche der Andere ausgeübt oder deren sich derselbe berühmt hat, gefallen lassen müßte. Der Regel nach muß daher der Eingriff, soll er als eine Verletzung des Eigenthums selbst in seinem Wesen sich darstellen, ein dauernder sein, oder wenigstens aus einem Motive herrühren, welches Wiederholungen besorgen läßt.

Vergl. Sintenis, das pract. Civilrecht, Bd. I. §. 52. ad II. Note 65. u. 65 b.

Diese Auffassung liegt auch den bereits von der vorigen Instanz angezogenen Präjudizien

vergl. Annalen, Bd. IV. S. 540 f. sub A. und C., und N. F. Bd. II. S. 549 f.*)

zu Grunde. Appellant befindet sich aber auch offenbar im Irrthume, wenn er vermeint, daß hier ein principiell anderes Verhältniß in Frage befangen sei. Schon an sich ist unter den obwaltenden, von dem Kläger selbst in der Klage angeführten Umständen im Zweifel

*) S. diese Zeitschrift, N. F. Bd. 22. S. 175 ff. u. Bd. 29. S. 135 f. Nr. 21.

davon auszugehen, daß Beklagter ein Recht, diejenigen Steine, welche er auf seinem Grund und Boden gesammelt, auf Klägers Feld zu schleudern, weder für seine Person, noch für sein Nachbargrundstück in Anspruch zu nehmen gemeint sei, sondern daß er sich hierzu nur unter den hier vorliegenden besonderen Verhältnissen für befugt erachtet habe. Zum Ueberfluß hat er dies, wie Kläger bei pct. l. c. 32. selbst anführt, bei dieser Gelegenheit ausdrücklich ausgesprochen. Beklagter prätendirt hiernach ein absolutes Recht zu der vorgenommenen Handlung überhaupt nicht, sondern er hält sich zu letzterer nur auf Grund der Handlungsweise des Klägers ermächtigt. Eine solche Prätension enthält daher auch keine Beschränkung des Eigenthums, d. h. derjenigen Rechte, welche dem Kläger an seinem Grundstücke zustehen, sondern nur die irrige Annahme eines ihm der Handlungsweise Klägers gegenüber zustehenden persönlichen Rechtes auf Wiedervergeltung. Die zur Beschwerde gezogene Handlung läßt sich daher nach dieser, dem Kläger günstigsten Auffassung lediglich als ein sogenanntes damnum injuria datum ansehen, und würde somit nach den Bestimmungen der §§. 1483 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs zu beurtheilen sein.

Zweifelhafter konnte dagegen die Frage erscheinen, ob das von dem Beklagten in pct. l. c. 11. u. 16. eingeräumte Aufschütten von Steinen auf dem, auf Klägers Grund und Boden sich hinziehenden Gleise nicht den Kläger zur Anstellung der Negatorienklage berechtigen könne. Wenn man jedoch auch insoweit der vorigen Instanz beigetreten ist, so beruht dies auf folgenden Erwägungen.

Nach dem Zugeständnisse Klägers bei pct. l. c. 8. steht dem Beklagten ein Recht auf Benutzung des auf der Handzeichnung mit b—b. bezeichneten Feldweges, soweit die Bewirthschaftung seiner an diesen Feldweg grenzenden Parcelle Nr. 57. dies bedingt, zu. Dabei ist nicht außer Acht zu lassen, daß es sich hier nach der eigenen Sachdarstellung Klägers nicht um das bloße Befugniß des Beklagten, in der gedachten Richtung über Klägers an seine, des Beklagten, Parcelle angrenzendes Grundstück fahren zu dürfen, sondern um ein Recht auf Mitbenutzung eines daselbst vorhandenen eigentlichen Fahrweges handelt.

Geht man von diesem Gesichtspunkte aus, so erscheint die erhobene Klage nur dann begründet, wenn und soweit Kläger auf eine von dem Beklagten verhangene Ueberschreitung der Ausübung derjenigen Befugnisse, welche in der dem Beklagten zugestandenen Dienstbarkeit enthalten sind, Bezug genommen hätte, sei es nun, daß er behauptete, es gehe die Handlung des Beklagten überhaupt über den Umfang der im Zweifel in der fraglichen Dienstbarkeit enthaltenen Befugnisse hinaus, sei es, daß er die Dienstbarkeit selbst als eine in dieser Beziehung beschränkte (als eine sogenannte servitus restricta) dargestellt hätte.

In keiner der vorgedachten Beziehungen erscheint die vorliegende

Klage ausreichend begründet. Für das Vorhandensein einer bei Constituirung der Servitut sich ergebenden Beschränkung derselben ist überhaupt nichts beigebracht worden. Namentlich kann darüber, daß Beklagter auch das auf Klägers Grund und Boden sich hinziehende zweite Gleis, wenn und so oft er dessen zur Bewirthschaftung seines Feldes bedürfen sollte, zum Fahren zu benutzen befugt sei, kein Zweifel obwalten. Dagegen ist bereits von der vorigen Instanz Bl. — mit Recht darauf hingewiesen worden, daß die Existenz einer Fahrweggerechtigkeit der hier fraglichen Art nach §§. 525. und 526. des bürgerl. Gesetzbuchs im Zweifel auch das Recht umfaßt, auf dem mehrerwähnten Wege solche Handlungen vorzunehmen und beziehentlich solche Verbesserungen anzubringen, ohne welche die ihm zustehende Dienstbarkeit nicht, oder nicht in ihrem natürlichen Umfange würde haben ausgeübt werden können. An und für sich ist nun, wie ebenfalls bereits von der vorigen Instanz richtig bemerkt worden, in dem Aufschütten von Steinen auf die Gleise eines ordentlichen Fahrweges selbst dann, wenn dadurch dies Befahren desselben zeitweilig erschwert werden sollte, keine Handlung zu erblicken, aus welcher nothwendiger Weise auf ein Ueberschreiten der Grenzen einer gewöhnlichen Melioration der Fahrbahn geschlossen werden müßte. Sache des Klägers würde es daher gewesen sein, durch Geltendmachung der bezüglichen Thatsachen nachzuweisen, daß und inwiefern das bei pct. l. c. 11. und 16. gedachte Aufschütten von Steinen in die Gleise das Maß einer dem Beklagten an sich gestatteten Wegebesserung überschritten habe. Da die Klage auch insoweit eine factische Begründung nicht enthält, konnte dieselbe auch von diesem Gesichtspunkte aus nicht aufrecht erhalten werden."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Riedel's ÷ Glöckner, vom 15. Oct. 1869. — Ger.-Amt Pirna.)

42.

Ursprung und privatrechtliches Verhältniß der sogen. Altgemeinden. — Nach welchen Grundsätzen sind die Rechte derselben und ihrer einzelnen Mitglieder zu beurtheilen?

(Zu §§. 328 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs.)

„Nach den übereinstimmenden Angaben beider Parteien (vergl. pct. lit. cont. 5—10. und Bl. —) besteht von Alters her zu Lauba eine sogenannte Altgemeinde, deren Mitglieder die jedesmaligen Eigenthümer der im Rubrum und resp. im Contexte der Klage bezeichneten Grundstücke sind. Ob außer diesen auch noch die Eigenthümer der beiden pct. l. c. 10. gedachten Grundstücke zur Altgemeinde gehören, kann auf sich beruhen, da Kläger auf die Zahl der theilungsberechtigten Mitglieder nach Bl. — kein besonderes Gewicht legen, und der hauptsächliche Gegenstand des Streites der Anspruch derselben auf gleiche Antheile an den Nutzungen des Sondervermögens der Corporation ist.

Daß diese Altgemeinde durch Vertrag entstanden sei, vermögen die Beklagten nicht zu behaupten, und es ist dies auch nicht anzunehmen. Der Ursprung der in Sachsen auf dem Lande noch vielfach vorkommenden sogenannten Altgemeinden ist in der Entstehungsgeschichte der Landgemeinden zu suchen, und ist älter als der staatsrechtliche Begriff der politischen Gemeinde. Die Altgemeinden haben sich zu ihrer gegenwärtigen Eigenschaft einer privatrechtlichen Corporation oder Genossenschaft dadurch herangebildet, daß solche Grundstücke, welche bei den ersten Ansiedelungen nicht an die Einzelnen vertheilt, oder von diesen allein in Besitz genommen worden sind, sich auch späterhin und bei der in der Folgezeit allmählig eingetretenen Vergrößerung und Ausbildung des Gemeindeverbandes in dem ausschließlichen oder gemeinschaftlichen Eigenthume einer gewissen Classe von Ansässigen (der sogen. altberechtigten Gemeindeglieder) erhalten haben. Es gründet sich also dermalen das privatrechtliche Verhältniß der Altgemeinde im Gegensatz zu der politischen Gemeinde auf das Miteigenthum (condominium pro indiviso), welches den Mitgliedern der ersteren an gewissen Immobilien des Gemeindebezirkes zusteht. Dieses Verhältniß hat, nach dem, was in der Klage pct. lit. cont. 17. und Bl. — von den Parteien über das Sondervermögen der Altgemeinde zu Lauba angeführt worden ist, auch bei dieser obgewaltet, denn ihr Vermögen hat anfänglich nur in Grundstücken bestanden, welche erst später theils an Dritte veräußert, theils unter den Mitgliedern der Altgemeinde selbst vertheilt worden sind.

Die Bl. — gedachten Gärtelgelder und Gemeindezinsen sind von Trennstücken dieser gemeinschaftlichen Ländereien zu entrichten, welche von diesen letzteren abgekommen und veräußert worden sind, und das Bl. — erwähnte, nach und nach zusammengesparte Capital kann vorausseßlich nur aus den Nutzungen oder durch die theilweise Veräußerung der gemeinschaftlichen Grundstücke gebildet worden sein, wobei nur noch zu gedenken ist, daß nicht die Gärtelgelder und Gemeindezinsen, sondern das Recht, diese zu erheben, zum Stammvermögen der Altgemeinde gerechnet werden muß.

Unter diesen als unbestritten zu betrachtenden Umständen hat man in Gemäßheit der Bestimmung in §. 1392. des bürgerl. Gesetzbuchs in Verbindung mit §. 7. der Publicationsverordnung bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites die Vorschriften in §§. 328 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs über das Miteigenthum in Anwendung zu bringen. Nach §. 328. des letzteren sind die Antheile der Miteigenthümer an der gemeinschaftlichen Sache im Zweifel als gleich groß anzunehmen, und in demselben Maßstabe gebühren ihnen auch die Früchte dieser Sache. Den ihm gebührenden Antheil an diesen Früchten kann jeder Miteigenthümer selbstständig mit der Theilungsklage fordern, und die Beklagten vermögen sich auch gegen diesen Anspruch nicht auf die Vorschriften in §. 330. des bürgerl. Ge-

ſetzbuchs, nach welchen zu einer Verfügung über die Sache im Ganzen, wozu auch die Art der Verwaltung und Benutzung derſelben gehört, die Einwilligung ſämmtlicher Mitglieder erforderlich iſt, oder auf die Beſtimmungen in §. 55. des bürgerl. Geſetzbuchs und §. 2. des Geſetzes, die juriſtiſchen Perſonen betr., vom 15. Juni 1868 zu berufen, nach welchen die Altgemeinden über Verwaltung und Veräußerung des gemeinſchaftlichen Vermögens durch Stimmenmehrheit Beſchluß faſſen können. Denn die Kläger haben weder eine Veräußerung des gemeinſchaftlichen Vermögens, noch eine Abänderung der bisherigen Art und Weiſe der Verwaltung und Fruchtziehung, ſondern lediglich eine gleiche Vertheilung der bei der gegenwärtig beſtehenden Verwaltungs- und Benutzungsweiſe bezogenen Früchte gefordert.

Aus dem Vorſtehenden ergiebt ſich zugleich, daß die Bl. — unter 1. vorgeſchützte ſogenannte exceptio plurium litis consortium unhaltbar iſt, weil nach §. 329. des bürgerl. Geſetzbuchs jeder Miteigenthümer über ſeinen ideellen Theil frei verfügen und ſein Recht daran gerichtlich verfolgen, insbeſondere aber die Theilungsklage gegen die übrigen Miteigenthümer oder diejenigen derſelben, welche ihm dieſes Recht ſtreitig machen, anſtellen kann, da die ſtreitigen Früchte zu den an ſich theilbaren Gegenſtänden gehören."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Matthes u. Conſ. ÷ Küchler u. Gen., vom 19. Oct. 1869. — Ger.-Amt Löbau.)

43.

Der erkennende Richter iſt dadurch, daß zwiſchen den Parteien wegen des auf ein Reclamationsanbringen des Klägers einzuſchlagenden Verfahrens ein Compromiß abgeſchloſſen war, nicht gehindert, den Kläger zur Anſtellung förmlicher Klage zu verweiſen. — Unzuläſſigkeit der Anordnung, daß Kläger ſeine Anſprüche bei deren Verluſt binnen einer gewiſſen Friſt mittelſt ſchlüſſiger Klage an- und auszuführen habe.

„Nach Bl. — haben die Parteien bei Gelegenheit des am 19. Sept. 1868 abgehaltenen Verhörstermins ein Compromiß dahin abgeſchloſſen, daß von den Klägern binnen acht Tagen eine Vervollſtändigung ihres Reclamationsanbringens und die Angabe der Beweismittel bewirkt werden, Beklagter aber nach erfolgter Zufertigung binnen zwölf Tagen ſich darüber erklären ſolle.

Kläger haben hierauf auch in der That in den Schriften Bl. — und — ihre Reclamation näher begründet und dabei zugleich erklärt, daß ſie ſich zum Beweiſe des Eidesantrags bedienen wollten. Indeſſen dieſe Schriften ſind erſt am 2., beziehentlich am 3. Oct. 1868 zu den Acten überreicht worden, und es kann daher irgend welchem Zweifel nicht unterliegen, daß ſolche, wie dies auch Beklagter Bl. — ſofort

gerügt hat, dem obigen Compromisse gegenüber an sich verspätigt seien.

Nun folgt zwar hieraus selbstverständlich noch keineswegs, daß Kläger mit den in jenen verspäteten Eingaben enthaltenen thatsächlichen Anführungen überhaupt nicht weiter zu hören seien. Denn hiervon würde nur dann die Rede sein können, wenn die Parteien, wie dies von ihnen nicht geschehen, bei dem obigen Compromisse sich zugleich darüber vereinigt hätten, daß jeder Theil dasjenige, was er vorstellig zu machen gemeint, bei dessen Verlust binnen einer bestimmten Frist vorzubringen habe.

Allein eben so gewiß erscheint es auf der andern Seite, daß, da Kläger die für die nähere Begründung ihrer Reclamation compromissarisch festgesetzte Frist nicht innegehalten, auch für den Beklagten die Voraussetzung, unter welcher er nach dem Compromisse verpflichtet war, sich über das Vorbringen der Kläger zu erklären, überhaupt nicht eingetreten ist, und daß derselbe nicht gegen seinen Willen genöthigt werden kann, die verspäteten Anführungen der Kläger ohne Weiteres als rechtzeitige gelten zu lassen.

Es wird auch an der Lage der Sache dadurch etwas nicht geändert, daß Beklagter gleichwohl auf die verspäteten Eingaben der Kläger sich eingelassen und seine Einwendungen und Ausflüchte gegen die Reclamation geltend gemacht hat. Denn nach seinen ausdrücklichen Erklärungen Bl. — ist dies Alles von ihm nur eventuell, für den Fall, daß die Eingaben der Kläger Bl. — und — nicht für verspätigt erachtet werden sollten, sowie der Vorsicht halber, um nicht etwa aus formellen Gründen zu unterliegen, geschehen, und es vermag ihm daher aus dem, was er gethan, ein Präjudiz keineswegs zu erwachsen. Zudem läßt sich durchaus nicht übersehen, ob nicht Beklagter im Stande sei, noch mit weiteren Ausflüchten, als den bis jetzt vorgeschützten, hervorzutreten.

Nach alle dem, und da Klägern die Verweisung zu Anstellung förmlicher Klage insofern sogar zum Vortheile gereicht, als ihnen dadurch Gelegenheit geboten wird, ihre Ansprüche auf die Bl. — näher bezeichneten Tabake und Gelder nach Befinden noch besser, als bis jetzt geschehen, zu begründen, war das angefochtene Urthel im Allgemeinen zu bestätigen. Nur insofern vermochte man mit demselben sich nicht einverstanden zu erklären, als darin ausgesprochen worden, daß Kläger ihre gedachten Ansprüche bei deren Verlust binnen sechs Wochen mittelst einer schlüssigen Klage an- und auszuführen schuldig seien, daß also die Kläger der Verlust ihrer Ansprüche auch dann zu treffen habe, wenn dieselben zwar binnen sechs Wochen eine Klage einreichen würden, solche jedoch für unschlüssig befunden werden sollte. Denn es fehlt an einer gesetzlichen Bestimmung, welche die Anordnung eines solchen Präjudizes rechtfertigen könnte. Es war daher in Berücksichtigung der von den Klägern Bl. — nachträglich aufgestellten Beschwerde an Stelle des Bl. — auf der neunten Zeile von oben

gebrauchten Wortes „schlüssiger" vielmehr das Wort „förmlicher" zu setzen.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Trinius und Cons. ÷ den Cur. bon. in Lechla's Schuldenw., vom 21. Oct. 1869. — Ger.-Amt Hainichen.)

44.

Novation durch Ausstellung eines Wechsels über eine bestehende Forderung ist nicht anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, aus welchen eine entgegengesetzte, auf die Fortdauer der früheren Verbindlichkeit gerichtete Willensmeinung der Betheiligten erkennbar wird.

2c. „Nun ist es allerdings richtig, daß nach der zeither vom Königl. Oberappellationsgericht befolgten Rechtsansicht dann, wenn zum Zwecke der Erfüllung einer vorhandenen Schuld ein Wechsel ausgestellt, girirt oder acceptirt worden ist, die vorhandene Schuld nebst Accessorien getilgt wird und an deren Stelle lediglich die aus dem Wechsel entspringende Verbindlichkeit tritt. Allein es ist, wie auch aus den zahlreichen hier einschlagenden veröffentlichten, neuerdings im

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 2c. Jahrg. 1867. S. 327.

zusammengestellten Präjudizien erhellt, von dieser Annahme nur insoweit auszugehen, als nicht im einzelnen Falle eine entgegengesetzte Willensmeinung der Betheiligten, welche auf die Fortdauer der früheren Verbindlichkeit gerichtet ist, erkennbar wird. Gerade letzteres Sachverhältniß aber liegt nach Ansicht des Oberappellationsgerichts gegenwärtig vor, soweit die vom Kläger beim 60sten bis 62sten Einlassungspunkte erwähnte, vom Hauptschuldner Trögel bewirkte Ausstellung der beim 62sten Einlassungspunkte näher bezeichneten Wechsel in Frage kommt. Zunächst ist im ersten Verfahren rechtzeitig weder vom Kläger noch vom Beklagten mit hinreichender Deutlichkeit darauf Bezug genommen worden, ob die nach Beider Einverständniß erfolgte Schließung des bei den nurangezogenen Einlassungspunkten erwähnten Wechselgeschäftes vor der Ausstellung der gedachten Bürgschaftsurkunden stattgefunden habe oder nachher. Wäre die Ausstellung der Bürgschaftsurkunden erst der Schließung des Wechselgeschäfts nachgefolgt, so läge, da Beklagter beim 60sten und 62sten Einlassungspunkte mit Klägerm darüber einig ist, daß jenes Wechselgeschäft auf seine, Beklagtens, Veranlassung geschlossen worden ist, thatsächlich in der späteren selbstständigen Uebernahme der auf die Hauptschuld als auf die nach Höhe des verbürgten Betrages zu sichernde Verbindlichkeit hinweisenden, die Fälligkeit der Hauptschuld und der damit eintretenden Zahlungspflicht des Bürgen auf einen späteren Zeitpunkt,

als die Verfallzeit der Wechsel, verlegenden Bürgschaft, die Erklärung Klägers und Beklagtens, daß in ihrem Verhältnisse zu einander durch die Ausstellung der Wechsel nicht die Hauptschuld als beseitigt habe angesehen, vielmehr in der letzteren Handlung nur eine dem Interesse des Hauptgläubigers wie des Bürgen dienende Schärfung der Haftbarkeit des Hauptschuldners habe erblickt werden sollen. Das Gleiche würde aber auch zu gelten haben, wenn die Schließung des Wechselgeschäfts erst nach Eingehung des vorliegenden Bürgschaftsvertrages Statt gehabt hätte. Zufolge der insoweit übereinstimmenden Darstellung der Parteien beim 42sten, 44sten und 48sten Einlassungspunkte hat Kläger die Verbürgung Beklagtens und beziehentlich der Ehefrau desselben für Trögel's Schuld gerade um deswillen erfordert und verwilligt erhalten, weil der nurgedachte Hauptschuldner für seine Person allein dem Kläger wegen Creditirung der betreffenden Waarensendung genügend sicher nicht gewesen ist. Nun hat man sich zu vergegenwärtigen, daß die gedachte bürgschaftliche Verpflichtung, wie oben gezeigt wurde, auf den oftерwähnten Bürgschaftsurkunden, deren Ausstellung und Ueberlassung an Klägern einen für sich bestehenden verpflichtenden Act bildet, beruht. Wenn unter solchen Umständen etwas Weiteres nicht geschehen ist (vergl. Einlassungspunkte 60. u. 62.), als daß Beklagter, der Bürge, den Gläubiger des Hauptschuldners aufgefordert hat, sich vom Letzteren Accepte geben zu lassen, darauf aber wiederum etwas Weiteres nicht erfolgt ist, als daß in Gegenwart des nämlichen Bürgen der Hauptschuldner dem Gläubiger Wechsel acceptirt hat, in welchen, abweichend vom Inhalte der Verbürgungsurkunden, die Hauptschuld in verschiedene Abschnitte zerlegt worden ist und welche, ebenfalls abweichend vom Inhalte der nurbemerkten Urkunden, zu verschiedenen Verfalltagen noch vor der dem Bürgen gegenüber für die Tilgung der Hauptschuld und der bürgschaftlichen Verbindlichkeit urkundlich festgesetzten Frist, zahlbar geworden sind, ohne daß bei der Schließung des Wechselgeschäfts der durch die Urkunden A. und C. bereits gesicherten Verbindlichkeit des Bürgen gedacht worden ist, so wird auch nach Ansicht des Oberappellationsgerichts bei diesem ganzen Hergange nur die Willensrichtung der Betheiligten erkennbar, daß es gegolten habe, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners im beiderseitigen Interesse zu erhöhen, was insbesondere den Bürgen betrifft, demselben, wie die vorige Instanz Bl. — bemerkt hat, ein Sicherungsmittel zu eventueller Abwendung seiner Inanspruchnahme zu gewähren, daß aber nicht bezweckt worden sei, es habe der Hauptgläubiger, unter Verlust der mit dem Bürgen nach Umfang und Fälligkeit besonders vereinbarten Berechtigung, wieder allein auf den Credit des Hauptschuldners zurückgreifen sollen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Knauer's ÷ Schaarschmidt, vom 21. Oct. 1869. — Handels-Ger. im Bez.-Ger. Plauen.)

45.

Zur Frage, welcher Richter zur Entscheidung über die theils für die Zukunft, theils für die Vergangenheit geltend gemachten Ansprüche der von ihrem Ehemanne getrennt lebenden Ehefrau auf Gewährung eines dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Ehemannes entsprechenden Unterhalts competent sei.

„Es würde, wie bereits von der vorigen Instanz bemerkt worden ist, eine unrichtige Ansicht sein, wenn die Klägerin der Meinung gewesen wäre, daß die in §. 1634. des bürgerl. Gesetzbuchs erwähnte Verpflichtung des Ehemannes, seine Ehefrau auf eine seinem Stande und seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Weise zu unterhalten, sich in eine bloße, der Ehefrau zu gewährende Geldleistung auflöse. Das gegenseitige Verhältniß der Eheleute zu einander soll nach §§. 1630—1637. in einer dauernden und vollständigen Lebensgemeinschaft bestehen, die Ehefrau ist daher verpflichtet, die häusliche Gemeinschaft des Ehemannes zu theilen, ihm Gehorsam und häusliche Dienste zu leisten, und die Art und Weise, wie der Ehemann seinen Hausstand einrichten und wie er seiner Verpflichtung zu dessen und seiner Ehefrau standesmäßiger und angemessener Unterhaltung nachkommen will, ist zunächst seiner eigenen Erwägung und Bestimmung zu überlassen. Demzufolge ist, so lange die Eheleute noch in häuslicher Gemeinschaft mit einander leben und noch keine zur Competenz des Eherichters gehörigen Irrungen eingetreten sind, eine Klage vor dem ordentlichen Richter des Ehemannes auf Gewährung eines anderen oder besseren Unterhalts nur unter besonderen Umständen zulässig, auch überhaupt eine die Einzelnheiten des ehelichen Lebens ein für allemal vollständig regelnde und vollstreckbare richterliche Entscheidung kaum denkbar. Der richtige Weg, auf welchem Beschwerden über mangelhafte, den Verhältnissen des Ehemannes nicht entsprechende, Gewährung oder gänzliche Verweigerung des Unterhalts zur richterlichen Entscheidung gebracht werden können, ist daher, wenigstens in der Regel, nicht eine Klage bei dem ordentlichen Richter des renitenten Ehemannes, sondern eine Klage bei dem zuständigen Eherichter, zu dessen Competenz die Erörterung ehelicher Zerwürfnisse jeder Art gehört.

Insofern also die Klägerin bei ihrem Petitum Bl. — auf Gewährung eines „dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Beklagten entsprechenden Unterhaltes" für die Zukunft andere Leistungen, als die Gewährung von Geldsummen Behufs der Bestreitung ihres Unterhaltes hat verlangen wollen, ist ihre Klage theils wegen Incompetenz des Civilrichters, theils aus dem Grunde abzuweisen, weil sich eine auf Gewährung dieses Unterhaltes gerichtete vollstreckbare Entscheidung nicht geben läßt.

Der auf die Vergangenheit geforderte „Ersatz erweislicher

Schäden" aber würde zwar, aus dem Gesichtspunkte einer Schädenklage betrachtet, zur Cognition des Civilrichters geeignet gewesen sein; allein in dieser Beziehung gebricht es der Klage an allen, die Höhe und Existenz des Schadens betreffenden thatsächlichen Angaben, deren es bedurfte, weil der Schaden nicht als Neben-, sondern als Hauptforderung in Betracht gelangt, und die in der Praxis übliche Verurtheilung in Ersatz der sogen. erweislichen Schäden, wenn dieselbe zugleich mit einer in der Hauptsache verurtheilenden Entscheidung ausgesprochen worden ist, höchstens zur Grundlage bei Ausführung des wirklich entstandenen Schadens mittelst besonderer Klage benutzbar werden kann.

Wenn aber, wie dies allerdings nicht unwahrscheinlich ist, die Klägerin ihr Absehen auf Zahlung von Alimenten in Gelde von der Zeit an, wo sie nach Bl. — gänzlich getrennt von ihrem Ehemanne gelebt und zu ihrem Unterhalte gar nichts mehr von demselben erhalten zu haben behauptet, gerichtet haben sollte, steht ihr zunächst die Erwägung entgegen, daß für die Entscheidung über die Statthaftigkeit eines solchen Anspruchs und über die Höhe des der Klägerin zuzubilligenden Alimentengelderbetrags das Ehegericht competent war. Denn nach §. 1763. des bürgerl. Gesetzbuchs darf die Ehefrau im Falle einer thatsächlichen Trennung während der Ehe nur dann Unterhalt von ihrem Ehemanne fordern, wenn sie sich aus gerechten Gründen von demselben entfernte, oder wenn er sich von ihr entfernt hat, ohne ihr den erforderlichen Unterhalt zu geben. Die Entscheidung der Frage aber, ob eine solche thatsächliche Trennung auf Seiten der Ehefrau eine berechtigte, oder die Entfernung des Ehemannes von derselben eine unberechtigte gewesen, fällt der Zuständigkeit des Ehegerichts anheim, weil sie nur unter Berücksichtigung der materiell eherechtlichen Grundsätze erfolgen kann, über welche die gewöhnlichen Civilgerichte nicht zu entscheiden haben.

Die Entscheidung über die Verpflichtung des Ehemannes und über die Höhe der Alimente kann nicht von der Entscheidung der Vorfrage, ob die Trennung eine berechtigte oder unberechtigte war, gesondert und in die Hand eines anderen, als des zu der letzteren berufenen Richters gelegt werden. Wäre hierüber nach den Bestimmungen des Gesetzes sub C. vom 28. Jan. 1835. §. 64. und der Bl. — angezogenen Verordnung vom 5. August 1847 noch ein Zweifel zulässig gewesen, so würde man denselben als durch den §. 1763. des bürgerl. Gesetzbuchs für entschieden zu erachten haben."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Eisemann ÷ marit., vom 21. Oct. 1869. — Ger.-Amt Pirna.)

46.

Bedeutung und Zweck der in den Gesellschaftsstatuten enthaltenen Bestimmung, daß jeder der Directoren für

die Dauer seiner Geschäftsführung eine gewisse Anzahl Actien bei der Vereinscasse zu deponiren habe und während dieser Zeit darüber, ohne seine Qualification als Directorialmitglied zu verlieren, nicht verfügen könne. — Zur Frage, inwieweit Entscheidungsgründe der Rechtskraft fähig seien.

„Die von beiden Theilen als richtig anerkannten Statuten der verklagten Actiengesellschaft enthalten in Betreff der hier in Streit befangenen Caution in §. 54. nur die Bestimmung, daß jeder der Directoren für die Dauer seiner Geschäftsführung zehn Actien bei der Vereinscasse zu deponiren habe, und während dieser Zeit darüber, ohne seine Qualification als Directorialmitglied zu verlieren, nicht verfügen könne.

Diese Worte der Statuten enthalten zunächst darüber, daß die zu bestellende Caution ausschließlich oder auch nur vornehmlich zur Sicherstellung der Gesellschaft wegen solcher Ansprüche habe dienen sollen, die ihr aus der Geschäftsführung eines Directors (§. 56. der Statuten) an diesen entstehen würden, überhaupt keine Bestimmung, im Gegentheile erscheinen dieselben geeignet, die von dem Kläger Bl. — vertheidigte Ansicht, daß der hauptsächliche, wo nicht ausschließliche Zweck der angeordneten Cautionsleistung der gewesen sei, die Fortdauer der Eigenschaft des Deponenten als Actionärs der Gesellschaft und somit die Fortdauer eines Interesses desselben an deren finanziellem Gedeihen für die Dauer seiner Amtirung zu sichern, wesentlich zu unterstützen. Will man in dieser Hinsicht auch darauf, daß nach §. 39. der Statuten zwar in Betreff der von den Mitgliedern der Ausschusses, nicht aber in Betreff der von Directorialmitgliedern zu deponirenden Actien bestimmt ist, daß sie „unbeschwert" sein müssen, kein Gewicht legen, so spricht hierfür zunächst allerdings schon der Umstand, daß die Verbindlichkeit zur Cautionsleistung ausdrücklich nur auf die Dauer der Geschäftsführung des gewählten Directors beschränkt ist, ohne daß darüber, daß selbige auch nach beendigter Amtirung bis zu ertheilter vollständiger Decharge fortbestehen solle, irgend etwas bestimmt ist. Es spricht dafür aber endlich besonders auch die Vorschrift, daß dem Deponenten eine Verfügung über den Gegenstand der Hinterlegung auch während der Dauer seiner Function nicht schlechterdings untersagt ist, namentlich auch keineswegs für absolut wirkungslos oder wenigstens der Gesellschaftscasse gegenüber unpräjudicirlich erklärt wird, sondern daß eine solche nur die Wirkung haben soll, daß der Deponent entgegengesetzten Falles seine Qualification, als Directorialmitglied (§. 48. der Statuten) fortfungiren zu können, verliere.

Das Gewicht dieser Momente ist auch von den vorigen Instanzen und insbesondere von der zweiten Instanz nach Bl. — keineswegs verkannt worden. Wenn man gleichwohl der gegentheiligen Aus-

legung der Statuten den Vorzug gegeben hat, so hat man sich theils auf das der bezüglichen Vorschrift der Statuten zur Ueberschrift dienende Wort „Caution", theils auf die Rechtskraft der Entscheidung im Vorproceſſe bezogen. In beiden Beziehungen vermochte Man den vorigen Instanzen nicht beizutreten.

Was zunächst jene Ueberschrift anlangt, so mag nicht bestritten werden, daß derselben die Bestimmung zu Grunde liegt, den wesentlichen Inhalt der darunter ertheilten Vorschrift kürzlich zu characterisiren. Nun folgt aber aus der betreffenden Bezeichnung weder nach ihrer etymologischen Bedeutung, noch auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, wie übrigens auch Bl. — der Voracten anerkannt worden, etwas Weiteres, als daß die Depoſition zum Zwecke der Sicherstellung des Depositars erfolgen solle, namentlich giebt dieselbe über einen specielleren Zweck, der mit dieser Sicherstellung verfolgt werden solle, und insbesondere darüber, daß damit eine Sicherstellung des Depositars in Bezug auf etwa ihm an den Deponenten zustehende Vertretungsansprüche beabsichtigt worden sei, offenbar keine Auskunft. Der Zweck einer Sicherstellung liegt nun aber der streitigen Hinterlegung auch nach der Auffassung der gegenwärtigen Instanz insofern zu Grunde, als durch selbige der Gesellschaft Sicherheit darüber beschafft werden sollte, daß der deponirende Director wirklich Actionär der Gesellschaft sei und für die Dauer seiner Amtirung bleibe. In dem Hinblicke auf die Vorschriften in §. 1039. und im zweiten Satze von §. 201. des bürgerl. Gesetzbuchs erscheint nun auch ein solcher Vorgang wohl geeignet, der Gesellschaft hierfür Gewähr zu leisten. Wenigstens würde, so lange sich die deponirten Actien in der Inhabung der Gesellschaft befunden, ein Uebergang des Besitzes derselben auf einen Dritten nicht ohne Benachrichtigung des Depositars möglich gewesen sein. Wie dem aber auch sei, in keinem Falle kann nach dem Vorbemerkten der Ueberschrift der oftgedachten Statutenbestimmung ein größeres Gewicht beigelegt werden, als dem Inhalte dieser Bestimmung selbst, und es muß bei einem etwa in dieser Hinsicht bestehenden Widerspruche die Auslegung der ersteren zweifellos aus dem letzteren gesucht werden. Aus diesem ist nun aber, wie gezeigt, nicht einmal eine Hindeutung darauf, daß durch die Hinterlegung noch für etwas Anderes, als für die Fortdauer der Mitgliedschaft des deponirenden Directors habe Caution geleistet werden sollen, zu entnehmen.

Selbst angenommen aber, daß die ofterwähnte Bestimmung, weil die Depoſition als Caution bezeichnet worden, zu Zweifeln Anlaß böte, würde die Auslegung nach der Schlußbestimmung in §. 813. des bürgerl. Gesetzbuchs wider die Beklagte zu erfolgen haben.

Eben so wenig kann nach der Ansicht der jetzigen Instanz aus der Rechtskraft der in dem Vorproceſſe ertheilten Entscheidung etwas Gegentheiliges entnommen werden.

Allerdings findet sich Bl. — der Voraeten in den dem gedachten

Erkenntnisse beigegebenen Entscheidungsgründen die Bemerkung, daß die von dem Kläger zurückgeforderten, bei der Gesellschafscasse in Gemäßheit von §. 54. der Statuten deponirt gewesenen Actien unter den rechtlichen Gesichtspunkt eines Faustpfandes zu fallen hätten, welches von dem Kläger wegen solcher Ansprüche der Gesellschaft, welche aus dem Rechtsverhältnisse, für welches die Caution bestellt worden, herrührten, bestellt worden sei.

Richtig ist ferner, daß nach der von dem Königl. Oberappellationsgerichte bisher constant befolgten Ansicht

vergl. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 6. S. 201 ff.

Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts, Bd. I. S. 459 ff.*)

Entscheidungsgründe, soweit sie decisive, die nothwendige Unterlage für den im Urthel selbst enthaltenen Ausspruch bildende Sätze enthalten, als der Rechtskraft fähig und mit dem Erkenntnisse zugleich in Rechtskraft übergegangen zu betrachten sind. Es ist nun aber bereits in zahlreichen Fällen darauf hingewiesen worden, daß bei Prüfung der Frage, ob in einem concreten Falle eine im motivirenden Theile des Urthels vorkommende Aufstellung, und ob namentlich eine daselbst ausgesprochene Rechtsansicht auch wirklich von decisiver Beschaffenheit im obigen Sinne sei, und ob sich der dispositive Theil der Entscheidung als die unmittelbare, andere Gründe ausschließende Consequenz des bei der Motivirung ausgesprochenen Satzes darstelle, mit thunlichster Vorsicht zu verfahren sei. Und dies ganz besonders dann, wenn für diejenige Proceßpartei, gegen welche in einem späteren Falle die Rechtskraft eines solchen Satzes geltend gemacht werden soll, nach den Dispositionen des betreffenden Erkenntnisses selbst kein Grund vorgelegen hat, wider dasselbe zu remediren.

Geht man von diesen Erwägungen aus, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß hier von einer Rechtskraft des vorerwähnten Satzes schon deshalb keine Rede sein kann, weil sich derselbe nach dem Zusammenhange, in welchem er vorkommt, weit entfernt, ein Motiv für die ertheilte Entscheidung zu enthalten, lediglich als ein sogenannter Zweifelsgrund insofern darstellt, als der erkennende Richter denselben zwar als an sich begründet auffaßt, nach seiner weiteren Motivirung aber selbigem wegen der sonstigen Sachlage — d. h. wegen des Mangels der ausreichenden Begründung solcher Ansprüche, für welche seiner Auffassung nach die Caution als Pfand zu haften gehabt haben würde, — einen für die zu ertheilende Entscheidung selbst maßgebenden Einfluß ausdrücklich abspricht. Der betreffende Entscheidungsgrund sagte daher nicht mehr, als daß die in dem Vorprocesse erhobene Klage selbst dann, wenn man an selbige die für die actio pigneraticia directa geltenden Anforderungen stellt, als schlüssig

*) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 19. S. 428 f. Nr. 221.

begründet und als nata anzusehen sei. Augenscheinlich hat hiernach, sowie bei dem sonstigen Inhalte des betreffenden Erkenntnisses für den Kläger kein Grund vorgelegen, sich durch den mehrerwähnten Ausspruch der Entscheidungsgründe für beschwert zu achten. Eben deshalb kann aber auch nach der Ansicht der jetzigen Instanz in demselben ein den jetzigen Intentionen Klägers schon auf Grund der eingetretenen Rechtskraft jener Entscheidung entgegenstehendes Moment nicht erblickt werden.

Geht man nun von der Erwägung aus, daß die Deposition der fraglichen Actien nur zur Sicherstellung der Gesellschaft wegen der Fortdauer der Mitgliedschaft des fungirenden Directorialmitgliedes und, wie die Statuten ausdrücklich besagen, nur auf die Dauer der Geschäftsführung des betreffenden Directors erfolgt war, so folgt von selbst, daß Kläger, welcher nach den Zugeständnissen der Beklagten bei pct. lit. cont. 11—13. im Jahre 1865 in das Directorium des verklagten Actienvereins eingetreten war und die fragliche Caution hinterlegt hatte, an und seit dem 1. Januar 1866 aber, nachdem er der Bestimmung in §. 51. der Statuten gemäß ein halbes Jahr vorher die Niederlegung seiner Directorialstelle und den Austritt aus dem Directorium an dem 31. December und für diesen Tag angekündigt hatte, aus selbigem wirklich ausgetreten ist, von und mit dem 1. Jan. 1866 die Rückgabe des Depositums zu fordern als berechtigt angesehen werden mußte. Es folgt dies sowohl aus den Vorschriften in §. 484. jct. §. 451. des bürgerl. Gesetzbuchs, als namentlich auch aus der Bestimmung in dem Schlußsatze von §. 1279. des gedachten Gesetzbuchs um so gewisser, als mit dem Austritte Klägers aus mehrbesagtem Directorium nach der vorentwickelten Auffassung der Zweck der Sicherstellung im Zweifel als erledigt angesehen werden muß. Unter diesen Umständen würde auch von einem Zurückhaltungsrechte der Beklagten nur unter den in §. 1271. des bürgerl. Gesetzbuchs gedachten Bedingungen und Voraussetzungen haben die Rede sein können."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Sieg's ÷ die Sächs. Champagnerfabrik, vom 21. October 1869.*) — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Dresden.)

47.

Begründung der Klage des Geschäftsführers auf Erstattung des Gezahlten (actio negotiorum gestorum contraria), beziehentlich unter Berücksichtigung des Momentes der Bereicherung (§§. 1342. 1356. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Jedenfalls war, wie auch bereits von der vorigen Instanz Bl. — gezeigt worden, die erhobene Klage aus dem Gesichtspunkte einer

*) In IV. Instanz bestätigt mittelst Urthels vom 22. Januar 1870.

actio negotiorum gestorum contraria aufrecht zu erhalten. Was Beklagter Bl.— gegen diese Auffassung bemerkt hat, erscheint unerheblich. Denn daß die Zahlung der fraglichen Zinsen an sich zunächst dem Beklagten obgelegen, kann eben so wenig bezweifelt werden, als daß bis zu dem, dem Beklagten zufallenden Beweise des Gegentheils schon im Hinblicke auf den Inhalt der dem Vorprocesse zum Grunde liegenden Urkunden, sowie im Hinblicke auf die Zugeständnisse des Beklagten davon ausgegangen werden muß, daß diese Verbindlichkeit bis zu der nach Ausweis der Voracten von Seiten Klägers darauf geleisteten Zahlung fortbestanden habe. Offenbar läßt sich unter diesen Umständen nicht behaupten, daß Kläger die Geschäfte des Beklagten nur in der Meinung, seine eigenen Geschäfte zu führen, oder lediglich seines eigenen Vortheils wegen besorgt habe. Sofern jedoch zur Zeit und in Berücksichtigung der dem Kläger gegenüber ohne Weiteres eingetretenen Rechtskraft des die sonstigen Ansprüche des Letzteren abweisenden Erkenntnisses erster Instanz nur der Ersatz der für den Beklagten bezahlten Zinsen in Streit befangen ist, würde im Zweifel (d. h. so lange Beklagter nicht die bereits früher erfolgte Tilgung seiner diesfallsigen Schuldverbindlichkeit nachzuweisen vermag,) die erhobene Klage auch von dem in §§. 1342. und 1356. des bürg. Gesetzbuchs hervorgehobenen Gesichtspunkte einer sogen. Bereicherungsklage aus als genügend begründet angesehen werden müssen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Teichmann's ÷ Wolf, vom 22. Oct. 1869. — Ger.-Amt Sayda.)

48.

Der Ehemann kann auch während der Dauer der Ehe wegen einer ihm an seine Ehefrau zustehenden Forderung gegen die Letztere Klage erheben, wenn sie auch kein Receptitienvermögen besitzt. Die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Maße im einzelnen Falle die Vollstreckung eines die Ehefrau verurtheilenden Erkenntnisses ausführbar sein werde, ist der Executionsinstanz zu überlassen.

„Zunächst ist davon auszugehen, daß ein Ehemann auch während der Dauer der Ehe gegen seine Ehefrau wegen einer ihm wider diese zustehenden Forderung statthafter Weise klagbar werden kann. Im Allgemeinen ist eine Ehefrau auch während des Bestehens der Ehe unbehindert, mit ihrem Ehemanne an sich zulässige Rechtsgeschäfte in rechtsgültiger Weise abzuschließen, und sie bedarf nur dann, wenn sie noch minderjährig ist, zu Eingehung solcher Rechtsgeschäfte der Einwilligung ihres Vormundes (§. 1646. des bürgerl. Gesetzbuchs). Der Abschluß eines an sich zulässigen Rechtsgeschäftes zwischen Ehegatten begründet aber an sich die Klagbarkeit des eingegangenen Geschäfts, und wenn demungeachtet, wie früher zuweilen geschehen,

vergl. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. 15. S. 68.

dem Ehemanne das Befugniß, eine ihm gegen seine Ehefrau zustehende Forderung während der Dauer der Ehe einzuklagen, nur unter der Voraussetzung zugesprochen worden ist, daß der Ehemann das Vorhandensein von Receptitienvermögen auf Seiten seiner Ehefrau behaupte und beziehentlich nachweise, so beruht diese Beschränkung des Klagrechts des Ehemannes in der Annahme, daß dem Letzteren während der Ehe rücksichtlich des der Ehefrau gehörigen Vermögens das Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht zukomme, demgemäß aber die Ehefrau in der freien Verfügung über ihr Vermögen und in der Verwendung der zu diesem gehörigen Objecte Behufs der Zahlungsleistung an ihren Ehemann gehindert sei. Diese Rücksicht kann jedoch auch dann, wenn die Ehefrau Receptitienvermögen nicht besitzt, bei Beurtheilung der Frage, ob der Ehemann während der Ehe zur Klaganstellung befugt sei, für durchschlagend nicht erachtet werden. Denn einestheils steht die Regulirung der zwischen den Ehegatten selbst obwaltenden Schuldverhältnisse und die Tilgung der Schuldverbindlichkeiten der Ehefrau gegenüber dem Ehemanne weder mit den Zwecken der Ehe selbst, noch mit den persönlichen und vermögensrechtlichen Pflichten des Ehemannes in Widerspruch, und anderntheils kommt dem Ehemanne, auch nach den Vorschriften des bürgerl. Gesetzbuchs, keine so unbeschränkte Disposition über die Substanz des eheweiblichen Vermögens zu, daß er in allen Fällen ohne richterliche Mitwirkung seine Befriedigung aus demselben sich verschaffen könnte. Zugleich ist aber auch dem Ehemanne nicht anzusinnen, von der Geltendmachung seines Rechts, Befriedigung wegen einer ihm gegen seine Ehefrau zuständigen fälligen Forderung aus der Substanz des eheweiblichen Vermögens zu verlangen, bis zur Auflösung der Ehe Anstand zu nehmen. Das bürgerl. Gesetzbuch enthält auch keine Vorschrift, aus welcher eine derartige Beschränkung des Klagrechts des Ehemannes zu folgern sein würde. Denn wenn auch in §. 156. bestimmt ist, daß eine Verjährung bei Klagen der Ehegatten während der Ehe weder anfangen noch laufen könne, so ist damit doch nicht ausgesprochen, daß der Ehemann während der Ehe überhaupt nicht klagen könne, und es beruht jene Vorschrift nicht auf der Unmöglichkeit oder Unstatthaftigkeit einer derartigen Klaganstellung, sondern auf der Erwägung, daß es öfter nicht zweckmäßig und überhaupt nicht wünschenswerth sei, wenn Processe zwischen Ehegatten geführt werden, und daß daher der Ehemann nicht durch den zu befürchtenden Eintritt der Klagverjährung zur Klagerhebung zu veranlassen sei.

Ob und in welcher Maße aber im einzelnen Falle die Vollstreckung eines verurtheilenden Erkenntnisses gegen die Ehefrau ausführbar sein werde, ist eine Frage, welche in der Executionsinstanz zu erwägen und zu beantworten ist, und der pflichtmäßigen Entschließung des Proceßgerichts über die Statthaftigkeit der in dieser

Hinsicht zu erwartenden Anträge des Klägers wird auch dadurch nicht vorgegriffen, daß die Verurtheilung nicht bloß auf das Anerkenntniß, sondern auf Bezahlung der geklagten Forderung gerichtet ist.

Nach diesen Grundsätzen, welche in neuerer Zeit von dem Königl. Oberappellationsgerichte auch in anderen derartigen Fällen, z. B. in Sachen Mildner's ÷ verehel. Mildner (Erkenntniß des II. Senats vom 9. April 1867) beim Rechtsprechen befolgt worden sind, konnte daher auch in gegenwärtiger Sache dem Kläger das Befugniß, Bezahlung der von ihm behaupteten Forderung im Wege der Klagan=stellung von seiner Ehefrau zu verlangen, im Allgemeinen nicht ab=gesprochen werden.

Die von der Beklagten gegen die Statthaftigkeit der erhobenen Klage sonst vorgebrachten Einwendungen sind aber unerheblich.

Daß der in der Klage erwähnten Uebereinkunft eine unerlaubte Schenkung zum Grunde liege, hat Beklagte selbst nicht direct behaup=tet, und es ergiebt sich für eine solche Annahme auch sonst kein An=halt aus den Acten, indem vielmehr nach Inhalt der Bl. — abschrift=lich anzutreffenden Niederschrift die Bezahlung der geklagten 375 Thlr. zur Schadloshaltung Klägers für seine in das Gut der Beklagten gemachten baaren Verwendungen und überhaupt zu seiner Entschädi=gung versprochen worden sein soll.

Eben so wenig hat Beklagte mit Bestimmtheit und in hinreichend specieller Weise darauf sich berufen, daß das ganze Abkommen ledig=lich zu dem Zwecke abgeschlossen worden sei, um eine Trennung der zwischen den Parteien bestehenden Ehe herbeizuführen, und daß end=lich im vorliegenden Falle die rücksichtlich der eheweiblichen Verbür=gungen geltenden gesetzlichen Vorschriften analog nicht zur Anwendung zu bringen sind, bedarf keiner besonderen Ausführung.

Es war daher das vorige Urthel lediglich zu bestätigen."

(Urthel des O.=A.=Ger. in Sachen Schubert's ÷ uxor., vom 22. Oct. 1869. — Ger.=Amt Kirchberg.)

49.

Die in einer vor dem Leipziger Handelsgerichte anhängig gemachten Rechtssache von dem Beklagten erst im schrift=lichen Einlassungssatze vorgeschützten Ausflüchte sind nicht für versäumt zu achten, wenn zufolge abgeschlossenen Com=promisses das schriftliche Verfahren an die Stelle der mündlichen Verhandlung im Termine getreten ist (zu Art. XI. und XIII. der Handelsgerichtsordnung vom 21. Dec. 1682).

„Die von dem Beklagten in seiner schriftlichen Einlassung Bl. — vorgeschützten Ausflüchte sind in der vorigen Instanz deshalb unbe=achtet gelassen worden, weil dieselben für versäumt zu achten seien. Nun ist es zwar richtig, daß nach den Bl. — angezogenen Vorschrif=ten der Handelsgerichtsordnung (Art. XI. und XIII.) in den zur

Competenz des Leipziger Handelsgerichts gehörigen Rechtssachen sogleich im ersten Termine ein kurzes Verfahren vom Mund aus in die Feder, wobei der Beklagte die ihm zu Gebote stehenden Einreden und Ausflüchte anzuzeigen hat, abgesetzt und ein schriftliches Verfahren, selbst wenn die Parteien sich darüber geeinigt hätten, vom Richter nicht zugelassen werden soll. Bekanntlich ist aber diese letztere Bestimmung in der Praxis schon längst nicht mehr befolgt und ein Compromiß der Parteien auf schriftliches Verfahren gestattet. Ist aber ein solches Compromiß einmal abgeschlossen worden, so ist auch im Zweifel davon auszugehen, daß nach dem Willen der Parteien das schriftliche Verfahren an die Stelle der mündlichen Verhandlung im Termine selbst treten und die Parteien in diesem schriftlichen Verfahren alles dasjenige zur Wahrnehmung ihrer Rechte vorzubringen befugt sein sollen, was sie anderenfalls im Termine vorzubringen gehabt hätten ꝛc. Man hat daher der beschränkenden Interpretation der vorigen Instanz nicht beizupflichten vermocht und demzufolge die Bl. — vorgeschützten Ausflüchte nicht für versäumt erachtet."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Michael ÷ Reuß, vom 26. Oct. 1869. — Hand.-Ger. im Bez.-Ger. Leipzig.)

50.

Ein öfteres und willkürliches Betreten der zum ausschließlichen Gebrauche der Wohnungsberechtigten dienenden Locale Seiten des Eigenthümers ist als eine Störung in der Ausübung des Wohnungsrechtes zu betrachten (zu §§. 526 f. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Die von der Beklagten Bl. — vorgeschützte Ausflucht kann im gegenwärtigen Processe nicht beachtet werden. Denn durch das Versprechen des Klägers, das in seinem Grundstücke von den Beklagten bewohnte Gebäude nur in Begleitung einer Gerichtsperson zu betreten, würde keine privatrechtliche Beschränkung des Eigenthums im Sinne von §. 222. des bürgerl. Gesetzbuchs begründet worden sein, weil dasselbe nur einen persönlichen Schutz der Beklagten gegen Angriffe des Klägers bezwecken würde, welcher mit dem Eigenthume des Letzteren und den in diesem Eigenthume liegenden Befugnissen nichts gemein hat und überhaupt nicht in das Gebiet privatrechtlicher Verpflichtungen gehört. In dessen Erwägung ist auf die Appellation des Klägers der den Beklagten nachgelassene Beweis eines Versprechens in Wegfall gebracht worden. Hierdurch ist aber zugleich nothwendig geworden, auf die im zweiten Erkenntnisse einer künftigen Definitive vorbehaltene Bestimmung des Umfanges einzugehen, in welchem der Kläger seine Eigenthumsbefugnisse in der hier fraglichen Beziehung den Beklagten gegenüber auszuüben berechtigt sei.

Nach Inhalt des Kaufes Bl. — hat sich der Beklagte bei der

Veräußerung seiner Gartennahrung an den Kläger für sich und die Beklagte einen Auszug vorbehalten, dessen Gegenstand unter andern ein Wohnungsrecht in diesem Grundstücke ist, und wobei den Wohnungsberechtigten, ohne räumliche Beschränkung, die Wahl, wo sie wohnen und ihre Sachen aufbewahren wollen, zusteht. Der Kläger bestreitet ihnen auch das Recht nicht, das jetzt von ihnen bewohnte Gebäude zu diesem Zwecke inne zu haben und zu gebrauchen. Nun schließt zwar nach §. 527. des bürgerl. Gesetzbuchs das Bestehen eines solchen als Auszug stipulirten Wohnungsrechtes die Berechtigung des Eigenthümers, das Gebäude zu besichtigen und zu betreten, nicht aus, allein es muß sich derselbe nach §. 526. des bürgerl. Gesetzbuchs aller Verfügungen enthalten, durch welche die Ausübung des Wohnungsrechtes gehindert oder gestört werden würde. Als eine Störung des letzteren ist aber ein öfteres und willkürliches Betreten der zum ausschließlichen Gebrauche der Wohnungsberechtigten dienenden Locale zu betrachten. Hieraus folgt, daß dem Kläger der Eintritt in das Innere des von den Beklagten bewohnten Gebäudes während der Dauer dieses Verhältnisses nur insoweit, auch ohne Zustimmung der Letzteren, zu gestatten ist, als er dessen entweder zur ordnungsmäßigen Aufsicht und Instandhaltung des Gebäudes, oder etwa als Zugang zu den seiner eigenen freien Verfügung unterliegenden Räumen des Grundstückes oder zur Ablieferung der Auszugsprästationen bedarf. Ein Mehreres scheint auch Bl. — der Kläger selbst nicht zu beanspruchen, es war aber nothwendig und mindestens zweckmäßig, die ihrem Wortlaute nach weiter gehende Condemnatoria Bl. — (im Erkenntnisse der ersten Instanz) in diesem Sinne zu erläutern.*) Eine genauere als die obige Begrenzung war nach Lage der Sache auch im Urthel selbst nicht möglich. Es würde daher, Falls auf Grund desselben ein Vollstreckungsverfahren beantragt werden sollte, vorerst nach Maßgabe der Vorschriften in §§. 82 ff. des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838 zu erörtern und nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein, ob eine Zuwiderhandlung stattgefunden habe."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Mittasch's ÷ Geschw. Weber, vom 26. Oct. 1869. — Ger.-Amt Löbau.)

51.

Klage aus einem mit Delegation verbundenen Neuerungsvertrage (zu §§. 1002. u. 1004. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„In der der Klage zu Grunde gelegten, vom 1. Febr. 1867 datirten, vom Beklagten im Termine Bl. — anerkannten Urkunde

*) Dies geschah durch Einschaltung der Worte: „soweit er dessen zur Beaufsichtigung und Instandhaltung dieses Gebäudes und zur Ablieferung der den Beklagten gebührenden Auszugsgegenstände, oder um zu den übrigen Räumlichkeiten seiner Gartennahrung zu gelangen, bedarf."

sub ⊙ hat Beklagter nicht nur bekannt, daß er diejenigen 300 Thlr., welche seine Mutter, Klägers Ehefrau, aus dem Nachlasse des im Jahre 1866 verstorbenen Johann Georg Gräf ererbt und ausgezahlt erhalten und ihm, dem Beklagten, am 28. Dec. 1866 übergeben gehabt, von dem Kläger dargeliehen erhalten habe, sondern auch versprochen, dieses Darlehn nach vorgängiger, beiden Theilen freistehender einvierteljähriger Aufkündigung an seinen Gläubiger, den Kläger, zurückzuzahlen, und inzwischen vom 28. December 1866 an alljährlich mit Vier vom Hundert an denselben zu verzinsen.

Hierin liegt nun die ganz unzweideutige Erklärung des Beklagten, daß, wenn schon das fragliche Capital ihm nicht unmittelbar von dem Kläger, sondern bereits früher von dessen Ehefrau aus deren Vermögen ausgezahlt und übergeben gewesen sei, er doch rücksichtlich desselben den Kläger als seinen Darleiher und Gläubiger und als Denjenigen, an welchen er das Capital nach vorgängiger Kündigung zurückzuzahlen und welchem er es bis dahin nach Höhe von 4 Procent zu verzinsen habe, anerkenne und demgemäß Klägerm gegenüber sich verpflichte.

Hierdurch ist aber schon an sich der libellirte Anspruch des Klägers zur Genüge begründet, und zwar um so gewisser, als einestheils in dem Documente nicht die Ehefrau als Darleiherin bezeichnet ist, anderntheils Kläger als Ehemann berechtigt war, von seiner Ehefrau die Illation des ihr aus dem Nachlasse des genannten Gräf zugefallenen und ohne sein Vorwissen von ihr dem Beklagten übergebenen, ein Object des ehemännlichen Nießbrauchs- und Verwaltungsrechtes bildenden Geldes zu verlangen.

Aus den von Beklagtem selbst für sich angezogenen, Bl. — in beglaubter Abschrift anzutreffenden Schriftstücken ergiebt sich nun auch, daß Kläger dieses Recht wirklich geltend gemacht und deshalb die Vermittelung des Gerichtsamtes in Anspruch genommen hat, und daß in dessen Folge zwischen ihm und seiner Ehefrau unter Concurrenz des Beklagten am 30. Januar 1867 an Gerichtsstelle ein Verhandlungstermin abgehalten worden ist, in welchem eine Einigung in der Weise erzielt ward, daß

a) zunächst Klägers Ehefrau das Bekenntniß ablegte, ohne Wissen und Genehmigung ihres Ehemannes die fraglichen 300 Thlr. an Beklagten, ihren Stiefsohn, gegen vier Procent jährliche Verzinsung und beiden Theilen freistehende einvierteljährige Aufkündigung ausgeliehen zu haben,

b) Kläger zu dieser Ausleihung nunmehr seine Zustimmung ertheilte und

c) unter ausdrücklicher Acceptation des Beklagten erklärte, dem Letzteren dieses Darlehn unter den früheren Bedingungen belassen zu wollen, dagegen aber

d) unter Acceptation seiner Ehefrau sich verpflichtete, dieser

allmonatlich 1 Thlr. sogen. Nadelgeld baar zu gewähren, worüber dieselbe allein und ohne ehemännliche Genehmigung zu verfügen berechtigt sein und über die Verfügung keine Rechenschaft abzulegen haben solle, endlich

e) die Parteien durch die getroffene Vereinigung ihre Differenz für erledigt erklärten.

Dieses Abkommen läßt den Worten und dem ganzen Zusammenhange nach, und wenn man die Veranlassung und den Zweck der Verhandlung im Auge behält, eine andere Auslegung nicht wohl zu, als daß alle drei Interessenten einverstanden waren, daß nunmehr an die Stelle seiner Ehefrau Kläger als Gläubiger des Beklagten rücksichtlich der diesem dargeliehenen 300 Thlr. trete und auf diese Weise die von Klägerm verlangte Illation dieses Vermögenstheiles seiner Ehefrau realisirt werde. Es wurde also ein mit Delegation verbundener Neuerungsvertrag im Sinne von §§. 1002. und 1004. des bürgerl. Gesetzbuchs abgeschlossen, der nun in dem Documente sub ⊙, auf welches die vorliegende Klage gegründet ist, seinen Ausdruck und endlichen Abschluß fand. Somit erledigen sich die Bedenken, welche in den vorigen Instanzen zu Abweisung der Klage geführt haben, ganz von selbst, und es mußte, da auch die erfolgte Kündigung des Capitals durch die in der Provocationssache ergangenen Acten sub Rep. II. Tit. XI. Lit. H. No. 221. in rechtliche Gewißheit gesetzt ist, nunmehr eine dem Klaggesuche entsprechende Verurtheilung des Beklagten erfolgen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Haueiß'ens ÷ Bauer, vom 26. Oct. 1869.*) — Ger.-Amt Oelsnitz.)

52.

Das Anführen des Klägers, die Beklagte, die Ehefrau des verstorbenen Darlehnsempfängers, habe das Darlehn der 200 Thlr. als richtig anerkannt und ihm, dem Kläger, zugestanden, daß sie diese 200 Thlr. an ihn zu bezahlen habe, enthält eine schlüssige Klagbegründung nicht.

„Das in der Klagschrift erwähnte ursprüngliche Rechtsgeschäft stellt sich als ein Darlehn dar, welches der verstorbene Ehemann der jetzigen Beklagten am 18. Juli 1864 für sich vom Kläger aufgenommen hat, und wofür die Beklagte durch Mitvollziehung der Schuldurkunde die solidarische Mitverhaftung übernommen haben soll. Dies ist, soweit die Beklagte dabei betheiligt ist, unstreitig unter den Gesichtspunkt einer formlosen eheweiblichen Bürgschaft zu stellen und daher für die Beklagte unverbindlich.

*) In IV. Instanz bestätigt mittelst Urthels vom 5. Febr. 1870.

Nun ist aber noch behauptet und als zweiter Klaggrund geltend gemacht, Beklagte habe nach dem Tode ihres Ehemannes zu Weihnachten 1867

a) besagtes Darlehn der 200 Thlr. als richtig anerkannt, insonderheit auch

b) ihm, dem Kläger, zugestanden, daß sie diese 200 Thlr. an ihn zu bezahlen habe.

Die Behauptung unter a) ist ganz irrelevant, da die Beklagte darnach lediglich die Schuld ihres verstorbenen Ehemannes als richtig anerkannt haben würde, hierauf aber nichts ankommt, so lange nicht behauptet werden kann, daß Beklagte die Erbin ihres Ehemannes geworden sei und den Nachlaß angetreten habe. An einer darauf gerichteten Behauptung fehlt es in der Klagschrift.

Das unter b) erwähnte Zugeständniß aber ist dem Wortlaute nach:

„daß sie besagte 200 Thlr. an ihn zu bezahlen habe,"

lediglich als ein Urtheil über die Existenz, die Natur und den Umfang einer Verpflichtung anzusehen, und muß für die Beklagte um deswillen völlig unverbindlich sein, weil es eine irrige Rechtsanschauung enthält. Einen falschen Rechtssatz kann man nicht zugestehen mit der Wirkung, daß man dadurch trotz der Unrichtigkeit des darin liegenden Urtheils verbindlich werde. Zugestehen kann man blos Thatsachen. Unter allen Umständen liegt in obgedachter Erklärung der Beklagten nicht eine Schuldübernahme bezüglich der von ihrem Ehemanne gegen den Kläger eingegangenen Verbindlichkeit. Es fehlt den angeführten Worten noch an der Gewißheit darüber, daß die Beklagte den Willen gehabt und dem Kläger gegenüber zum Ausdrucke gebracht habe, die Schuld ihres Ehemannes, auch wenn sie nicht Erbin desselben geworden sein sollte, an dessen Stelle oder anstatt der Erben desselben zu übernehmen und zu berichtigen. Auch das Zahlungsversprechen ist nicht ausgedrückt.

Es unterliegt demnach keinem Bedenken, auch hinsichtlich des zweiten Klaggrundes die Klage für unschlüssig zu erachten und demgemäß das vorige Erkenntniß zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Wittig's ÷ verw. Laube, vom 28. Oct. 1869. — Ger.-Amt Johanngeorgenstadt.)

53.

Zur Frage über den Abschluß von Veräußerungsverträgen der in §. 822. des bürgerl. Gesetzbuchs bezeichneten Art durch Stellvertreter.

„Die Wahrung der in §. 822. des bürgerl. Gesetzbuchs vorgeschriebenen Form für Veräußerungsverträge der dort bezeichneten Art setzt in dem Falle, wenn der Vertrag außergerichtlich abgeschlossen wird, die Vollziehung der darüber aufgenommenen Urkunde Seiten

der Betheiligten, d. h. des Veräußerers und des Erwerbers, voraus. Ihr Einverständniß im Vertragsabschlusse selbst muß eben so gewiß wie ihre Einigung über die wesentlichen Bestandtheile des Vertrags durch die vollzogene Niederschrift dargethan werden, wenn die letztere der angezogenen Vorschrift genügen soll. Daß die Vollziehung der Urkunde gleich dem Abschlusse des Vertrags selbst auch durch Stellvertreter erfolgen könne, die mit ausdrücklich darauf gerichtetem (Bürg. Gesetzbuch §. 1306.), wenn auch nur mündlich ertheiltem Auftrage versehen sind, — darüber ist man mit der zweiten Instanz einverstanden. Zweifelhafter erscheint die Frage, ob dasselbe von Stellvertretern, die in auftragsloser Geschäftsführung handeln, gelten könne, weil ein Bedenken gegen die Anwendung der allgemeinen Grundsätze in §. 789. des bürgerl. Gesetzbuchs in dem exceptionellen Charakter und in der speciellen Tendenz der vorerwähnten Vorschrift liegt. Geht der Zweck dieser Vorschrift bekanntlich dahin, durch die verordnete Form der Uebereilung und Unbedachtsamkeit in Abschließung von Verträgen der fraglichen Art vorzubeugen und für die Ernstlichkeit der Willensmeinung beider Contrahenten eine gewisse Garantie zu erlangen, so erscheint dieser Zweck offenbar gefährdet, wenn die schriftliche Form blos dazu benutzt werden soll, den einen Theil an den niedergeschriebenen Vertrag zu binden, den andern aber ungebunden und so die Perfection des Vertrags völlig ungewiß zu lassen. Denn der Stellvertreter selbst will und soll nicht als Contrahent gelten und der Vertretene kann es der Natur der Sache nach nicht sein, weil er von dem Verhandelten keine Kenntniß hat.

In dem vorliegenden Falle hat der bei der Kaufsverhandlung für Klägern aufgetretene Agent U. dem Beklagten als Beauftragter Klägers sich zu erkennen gegeben und in dieser Eigenschaft die Vertragsurkunde Bl. — vollzogen. Daß Beklagter, hätte er dieser Urkunde seine Unterschrift, die er selbst wegen Schreibensunkunde nicht bewirken können, durch den Chausseewärter Sch., wie in der Klage behauptet ist, beifügen lassen, dabei jene Eigenschaft U.'s als eine in Wahrheit beruhende vorausgesetzt habe, ist hiernach unbedenklich anzunehmen. Daraus folgt jedoch nicht, daß Beklagter mit U.'n auch dann contrahirt haben würde, wenn diese Voraussetzung als eine unbegründete sich ausgewiesen hätte, daß es ihm gleichgültig gewesen sei, ob Kläger durch das von U. Verhandelte verpflichtet werde oder nicht, daß gleichwohl er selbst Klägerm gegenüber gehalten sein wolle, ruhig abzuwarten, ob dieser sich zur Genehmigung des Verhandelten herbeilassen werde. Nach der Ansicht jetziger Instanz kommt es daher allerdings darauf an, ob U. zu der Zeit der Vollziehung der Vertragsurkunde den in der Klage zur Genüge behaupteten Auftrag wirklich gehabt habe. Ob übrigens, wenn man selbst annehmen wollte, daß Beklagter, die Vollziehung der Vertragsurkunde als einen für ihn unverbindlichen Act zu betrachten, nur so lange berechtigt gewesen sei, als nicht durch nachträgliche Genehmigung Seiten Klägers sein recht-

liches Interesse an der Richtigkeit jener Voraussetzung sich vollständig erledigt hätte, — ob in einem solchen Falle eine derartige Genehmigung mit der zweiten Instanz schon in Erhebung der erst am 12. Februar 1869 eingereichten jetzigen Klage zu erblicken sein würde, obschon Beklagter nach Klägers eigenem Anführen in Klagabschn. 70. schon am 25. Januar 1869 den Kauf nicht halten zu wollen erklärt, mithin von dem ihm nach Obigem zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, und ob nicht vielmehr höchstens das Anführen in Klagabschn. 62—65., Inhalts dessen Kläger bereits am 22. Januar 1869 den durch U.'n mit dem Beklagten abgeschlossenen Kauf durchgängig genehmigt hat, in Betracht kommen dürfte, kann nach Lage der Sache dahingestellt bleiben.

Ueber das zuletzt gedachte Anführen würde der über die Klage angetragene, Bl. — insoweit angenommene Eid zu entscheiden haben, dieses delatum aber durch die Leistung des dem Kläger über die Existenz des behaupteten Auftragsverhältnisses im Instanzbescheide Bl. — zuerkannten Relateides ebenso unnöthig werden als durch die Leistung eines der dem Beklagten Bl. — wahlweise nachgelassenen Delateides. Zur Zeit aber ist von der Voraussetzung auszugehen, daß diese Eide wirklich geleistet werden, während beim Nichteintritte dieser Voraussetzung es ohnehin anderweiter Entscheidung bedarf.

Hiernach war in der vorerwähnten Beziehung der Instanzbescheid auf des Beklagten Berufung wieder herzustellen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Meyers ÷ Stübner, vom 28. Oct. 1869. — Ger.-Amt Pirna.)

54.

Dem Kläger, dessen frühere Klage auf Grund einer liquiden Einrede in der angebrachten Maße abgewiesen war, steht die Rechtskraft nicht entgegen, wenn das neuere Klagvorbringen mit dem Inhalte der Klage im Vorprocesse nicht in directem Widerspruche steht.

„Die von dem Königl. Oberappellationsgericht bereits in zahlreichen, wiederholt auch zur öffentlichen Kenntniß gebrachten Fällen

vergl. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 13. S. 245., Bd. 14. S. 188., Bd. 18. S. 436 f.
Annalen des O.-A.-Gerichts Bd. V. S. 90 f.

befolgte Ansicht, daß der Kläger der Regel nach an diejenigen Angaben, welche er in einer früheren, durch Abweisung oder rechtzeitige Zurücknahme zur Erledigung gekommenen Klage gemacht hat, nicht unbedingt gebunden sei, stützt sich in der Hauptsache auf die Erwägung, daß den factischen Behauptungen, welche ein Kläger in der Klage vorträgt, weder die Absicht noch demgemäß auch die Wirkung eines ihr dem Beklagten gegenüber bindenden Geständnisses beigelegt werden kann. Abgesehen davon, daß ein in dieser Hinsicht von dem Kläger

verhangener factischer Irrthum schon an sich das angebliche Geständniß ohne Weiteres unverbindlich machen würde, geht die Tendenz einer Klagerhebung der Natur der Sache nach überhaupt nicht dahin, dem andern Theile gegenüber die Wahrheit von Thatsachen, die für Denjenigen, welcher dieselben anführt, unter Umständen nachtheilige civilrechtliche Folgen haben können, dem Gegner gegenüber anzuerkennen und für die Zukunft außer Streit zu stellen, sondern lediglich dahin, aus derselben den Schluß zu rechtfertigen, welcher seiner Ansicht nach den libellirten Anspruch zu begründen geeignet sein würde. Wenn es nun schon hiernach an der factischen Begründung der Annahme eines der Aufstellung solcher Thatsachen zu Grunde liegenden animus confitendi mangelt, so folgt auch daraus zugleich, daß, wenn rechtskräftig entschieden ist, daß die in der erhobenen Klage angeführten Thatsachen die daraus gezogene Schlußfolgerung zu rechtfertigen ungenügend oder unzureichend seien, damit die rechtliche Irrelevanz derselben für das unter den Parteien bestehende Rechtsverhältniß ausgesprochen worden ist.

Ein wesentlich davon zu unterscheidender Fall ist dagegen derjenige, von welchem in dem Bl. — angezogenen Präjudize (Zeitschrift f. Rechtspfl. 2c. Bd. 11. S. 260 f.) unter b. gehandelt wird und welcher wesentlich mit dem in der A. Proceßordnuug Tit. XI. §. 7. und 8. erwähnten Falle zusammenfällt, in welchem, wenn auch die erhobene Klage an sich rechtlich wohl begründet erscheint, dem eingeleiteten Rechtsstreite doch dann weiterer Fortgang nicht gegeben werden soll, wenn eine von dem Beklagten vorgeschützte, zur Elidirung des libellirten Anspruchs geeignete Einrede sofort durch Klägers eigene Bekenntnisse ohne fernere Ausführung als in continenti erbracht sich darstellt. Denn hier beruht (wie a. a. O. S. 263. richtig bemerkt ist) der Grund der Unwiderruflichkeit des abgelegten Geständnisses in der Rechtskraft des Erkenntnisses, welches die Relevanz desselben für das unter den Parteien streitige Rechtsverhältniß ausdrücklich anerkennt.

Ob übrigens nicht auch in einem solchen Falle Kläger wegen des abgewiesenen Anspruchs mit einer anderweiten, auf ein völlig neues, durch die vorgeschützte Einrede nicht zu elidirendes Fundament gestützten Klage zu hören sei, ist eine weitere, hier nach Lage der Sache nicht zu erörternde Frage.

In der That steht das der vorliegenden Klage zu Grunde liegende Vorbringen in seinen wesentlichsten, bei pct. lit. cont. 109—132. und 147—196. enthaltenen Anführungen mit dem Inhalte der Klage im Vorprocesse nicht in einem so directen Widerspruche, daß beide nicht möglicher Weise auch neben einander bestehen, und eines ebensowohl wie das andere in Wahrheit begründet sein könnten. Namentlich erscheint die Denkbarkeit eines Vorganges, bei welchem zwar die erste Absicht derjenigen, von welchen die Versammlung der Gläubiger Gustav Eduard Burkhardt's vom 27. Jan. 1866 zusammenberufen

worden, ingleichen die bei selbiger gepflogenen Verhandlungen anfänglich auf das Zustandebringen eines allgemeinen Vergleichs aller Gläubiger gerichtet gewesen, später aber gleichwohl eine Zusage des in der neueren Klage behaupteten Inhalts ertheilt worden sei, nicht schlechterdings ausgeschlossen und es läßt sich nach der im Sächsischen Proceßrechte geltenden Eventualmaxime daher ein Recht des Klägers, beide Klagbehauptungen sogar gleichzeitig und neben einander geltend zu machen, nicht ohne Weiteres absprechen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Schöne's ÷ Burkhardt, vom 29. Oct. 1869. — Ger.-Amt Pulßnitz.)

55.

Confessorienklage auf Anerkenntniß eines angeblich durch Ersitzung erworbenen Bewässerungsbefugnisses. — Der Beklagte, welcher das Befugniß leugnet, die Turbativhandlungen dagegen zugesteht, aber bezüglich derselben Dritte als Urheber benennt, hat, wenn diese Dritten sein Anführen negiren, seine Handlungsweise dem Kläger gegenüber selbst zu vertreten. — In der nominatio auctoris liegt kein Verzicht auf die Vertheidigung eines von ihm selbst in Anspruch genommenen ausschließlichen Befugnisses der Benutzung des fraglichen Grabenwassers; die Ausführung bezüglich der Einrede ist ihm für den Gegenbeweis nachzulassen.

„Der Kläger hat die Bl. — erhobene, von ihm selbst als Confessorienklage bezeichnete Klage darauf basirt, daß von ihm, als dem dermaligen Eigenthümer der Bl. — näher bezeichneten Grundstücke, und beziehentlich von seinen Besitzvorgängern durch Ersitzung das Recht erworben worden sei, durch Einlegung einer hölzernen Rinne in den Bl. — erwähnten Fluther einen Theil des aus dem sogen. Grüner Graben in den Bl. — beschriebenen Beigraben fließenden Wassers behufs der Bewässerung des Wiesengrundstücks Nr. 444. des Eibenstocker Flurbuchs dann abzuleiten, wenn entweder die Bl. — gedachte, jetzt der verehel. Zittel gehörige Mahlmühle nicht in Betrieb gesetzt gewesen, oder wenn in dem Grüner Graben mehr Wasser, als der Betrieb dieser Mühle bedurft habe, geflossen sei. Mit der angestellten Klage verlangt er aber von dem Beklagten Anerkenntniß des prätendirten beschränkten Wässerungsbefugnisses und das Unterlassen aller weiteren Störungen, indem er sich zugleich darauf berufen hat, daß Beklagter am 16., 17. und 18. Juli 1868 die von ihm, dem Kläger, in den erwähnten Fluther damals eingelegte hölzerne Rinne umgeworfen und beziehentlich ganz hinweggezogen, auch das Zerhacken dieser Rinne für den Fall der Wiedereinlegung derselben in den Fluther angedroht habe.

Die erste Instanz hat diese Klage als Confessorienklage für un-

schlüssig angesehen, indem sie in dieser Beziehung nach Bl. — davon ausgegangen ist, daß das prätendirte Recht als eine servitus aquae ductus im Sinne von §. 555. des bürgerl. Gesetzbuchs sich nicht darstelle. Ebenso hat dieselbe Klägers Suchen insoweit, als etwa mit demselben Schutz in den dem Kläger als Adjacenten zustehenden Rechten zur Benutzung des in den Grüner Graben fließenden Wassers beansprucht werde, für begründet um deswillen nicht erachtet, weil bereits liquid vorliege, daß der Grüner Graben ein Bergwerkswasser sei, an einem derartigen Gewässer aber dem Adjacenten ein Benutzungsrecht nicht zustehe, auch ein solches Recht durch Ersitzung nicht erworben werden könne. Die erste Instanz ist daher zur Abweisung der Klage in der angebrachten Maße gelangt.

Die vorige Instanz dagegen hat die Eigenschaft des Grüner Grabens als Bergwerkswasser nicht als in Liquidität gestellt angesehen, vielmehr ist von ihr die erhobene Klage schon auf Grund des vorhandenen Adjacenzverhältnisses als hinreichend fundirt erachtet und demgemäß auch der weitere Nachweis eines durch Ersitzung erlangten Wässerungsrechts Seiten Klägers an sich nicht für erforderlich gehalten worden. Sie hat in Folge dessen zunächst dem Beklagten den Beweis seines als Ausflucht in Betracht gezogenen Vorbringens Bl. —, daß der von dem Beklagten erpachteten Gottschalkmühle die Wasser des Grüner Grabens bergamtlich zu deren Betrieb unter Ausschluß der Benutzung durch Dritte verliehen worden seien, auferlegt, und dem Kläger die Ausführung seiner in der Klage enthaltenen Behauptung, daß ihm das prätendirte Wässerungsrecht in Folge Ersitzung zustehe, als Replik für den Gegenbeweis nachgelassen.

Das Oberappellationsgericht hat bei nochmaliger Erwägung der Sache der in den früheren Instanzen befolgten Auffassung sich nicht allenthalben anschließen können.

Wie bereits oben erwähnt worden, hat Kläger seine Klage selbst als Confessorienklage bezeichnet und dieselbe lediglich darauf gegründet, daß den ihm zugehörigen Immobilien das beanspruchte Wässerungsbefugniß auf Grund der Ersitzung zustehe, Beklagter aber ihn, den Kläger, in Ausübung dieses durch Ersitzung erworbenen Rechts gestört habe.

Wollte man nun auch demungeachtet an sich davon ausgehen, daß bei Beurtheilung der Schlüssigkeit des Klagvorbringens auf den in der Klage allerdings erwähnten Umstand, daß Kläger mit seinen Grundstücken und zwar wenigstens mit seinem Hause und Hofraume an dem Grüner Graben adjacire, mit Rücksicht zu nehmen sei, so würde doch Klägers Suchen, soweit man es als auf dieses Adjacenzverhältniß basirt ansehen möchte, der erforderlichen Schlüssigkeit entbehren.

Ist es nämlich auch an sich richtig, daß dem Adjacenten die Benutzung der durch seine Grundstücke oder an denselben vorbeifließenden Privatgewässer, mindestens in beschränkter, die übrigen Adjacenten in

ihrem gleichmäßigen Benutzungsrechte nicht beeinträchtigender Weise zustehe, so wird doch dabei immer vorausgesetzt, daß der betreffende Wasserlauf in seinem natürlichen Bette hinlaufe, nicht aber in einer künstlichen, zu einem besonderen, dem speciellen Interesse eines bestimmten Grundstücks, einer bestimmten Gewerbsanlage 2c. dienenden Zweck hergestellten Anlage, wie z. B. in Kanälen und Gräben gefaßt sei. Denn bei Anlagen der letzterwähnten Art wird das in ihnen fortgeleitete Wasser zum Gegenstande des Privatrechts und die an einer solchen Anlage adjacirenden Grundstücksbesitzer haben daher auf Grund ihres Adjacenzverhältnisses allein noch nicht das Recht, einen Theil des in jener Anlage gefaßten Wassers abzuleiten und für sich zu benutzen.

Vergl. Annalen, N. F. Bd. 3. S. 94 f.*)

Sollte daher im vorliegenden Falle auf das in der Klage erwähnte Adjacenzverhältniß bei Beurtheilung der Sache Rücksicht genommen werden können, so müßte aus den Acten hervorgehen, oder wenigstens vom Kläger behauptet sein, daß es sich hier um ein solches Privatgewässer handle, dessen Benutzung innerhalb der überhaupt zulässigen Grenzen den Adjacenten als solchen an sich freistehen würde.

Eine derartige Behauptung ist aber von dem Kläger in seiner Klage nicht aufgestellt worden, und schon hiernach und da die Bezeichnung „Grüner Graben" schon an sich im Gegentheil darauf hinweist, daß dieser Graben, welchen Beklagter ausdrücklich als eine Wasserversorgungsanstalt für den Eibenstocker Bergbau bezeichnet hat, eine künstliche Anlage sei, dieses auch aus dem eigenen Anführen Klägers Bl. —, wonach die Wasser jenes Grabens aus der großen Bockau hergeleitet sind, hervorgeht, erscheint eine Berücksichtigung der Adjacenz Klägers bei Entscheidung der Frage, ob Letzterer durch das Vorgehen des Beklagten in einem ihm wirklich zustehenden Wässerungsrechte gestört worden sei, nicht thunlich.

Hat man daher auch der vorigen Instanz darin beizupflichten, daß die Eigenschaft des Grüner Grabens als eines Bergwerkswassers zur Zeit nicht in Liquidität gesetzt sei, so läßt sich doch immer Klägers Suchen auf Grund des erwähnten Adjacenzverhältnisses nicht als genügend fundirt erachten, und es konnte sich daher nur fragen, ob es von dem Gesichtspunkte einer Confessorienklage aus aufrecht zu halten sei.

In dieser Beziehung ist nun auch der gegenwärtigen Instanz ein erhebliches Bedenken nicht beigegangen.

Nach §. 532. des bürgerl. Gesetzbuchs hat diese Klage derjenige, welchem eine Dienstbarkeit zusteht, gegen Jeden, der die Ausübung der letzteren hindert oder stört. Kläger hat nun, wie schon oben erwähnt worden, in seiner Klage ausdrücklich behauptet, daß er das Recht, sein Wiesengrundstück Nr. 444. des Eibenstocker Flurbuchs mit

*) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 29. S. 373 f.

dem aus dem Grüner Graben in den Beigraben abfließenden Wasser zu bewässern, durch Ersitzung erworben habe, und es läßt sich an sich nicht bezweifeln, daß er ein derartiges Recht auf die von ihm angegebene Weise auch dann habe erlangen können, wenn der Grüner Graben eine künstliche Anlage war. Steht ihm aber eine solche Befugniß zu, so ist er auch berechtigt, den ihn in Ausübung dieses Befugnisses störenden Beklagten mittelst der Confessorienklage zu belangen. Der Beklagte seiner Seits hat nur die ihm beigemessenen, vom Kläger als Turbativacte bezeichneten Handlungen bei dem 18. 20—24. Einlassungspunkte zur Genüge zugestanden, dagegen aber, daß der Kläger das prätendirte Wässerungsbefugniß mittelst Ersitzung erworben habe, beim 15. Einlassungspunkte ins Nichtwissen gestellt, und es liegt daher dem Kläger vor allen Dingen ob, diese seine Behauptung in rechtliche Gewißheit zu setzen. Hiergegen kann Kläger auch nicht geltend machen, daß Beklagter um deswillen ohne Weiteres verurtheilt werden müsse, weil von dem Bergamte Schwarzenberg, in dessen Auftrage er die von dem Kläger hergestellte Wässerungsvorrichtung beseitigt haben will, und das er in Folge dessen Bl. — als Urheber benannt hat, ebenso wie von den Bl. — weiter als Urheber benannten Personen der behauptete Auftrag nach Bl. — in Abrede gestellt und der Eintritt in den Proceß abgelehnt worden sei.

Allerdings ist nach der Vorschrift der Erl. Proceßordnung ad Tit. XIV. §. 3., welche zwar zunächst nur von Realklagen handelt, die aber von der Praxis auch auf persönliche Ansprüche aus Verträgen oder Beschädigungen und auf Besitzklagen ausgedehnt worden ist,

vergl. von Langenn und Kori, Bd. 1. Nr. XIII. S. 117 f.

der Beklagte, wenn er dasjenige, worum er belangt wird, nicht für sich selbst, sondern eines Andern wegen inne haben sollte, ohne Weiteres in Restitution der geklagten Sache zu verurtheilen, wenn der benannte Autor, daß ihm die geklagte Sache zugehöre, negiren sollte. Diese Bestimmung hat aber ihren Grund darin, daß der Beklagte in einem derartigen Falle ein eigenes Recht an der geklagten Sache überhaupt nicht prätendirt, ein solches Recht vielmehr nur dem von ihm benannten Auctor beilegt, und daß daher, wenn der Letztere das ihm beigemessene Recht ablehnt, keine weitere Veranlassung vorliegt, ihm die in seiner Innehabung befindliche, nach seiner eigenen Angabe ihm nicht zugehörige Sache zu belassen. Analog müßte der, welcher den Kläger in dem Besitze einer Sache oder in dem Quasibesitze eines Rechts thatsächlich gestört hat, der sofortigen Verurtheilung unterliegen, wenn er eine eigene Befugniß zu seiner Anmaßung nicht behaupten, vielmehr nur darauf, daß er die von ihm zugestandene Störung auf Geheiß oder im Auftrage eines Anderen zum Schutze der Rechte dieses Anderen vorgenommen habe, sich berufen, der Letztere aber den Auftrag in Abrede stellen sollte.

Anders aber verhält sich die Sache im gegenwärtigen Falle. Der

Beklagte hat zwar hier behauptet, er habe die Turbativhandlungen im Auftrage Dritter vorgenommen, und nachdem die Letzteren sein Anführen negirt haben, steht gegen ihn soviel fest, daß er seine Handlungsweise dem Kläger gegenüber selbst zu vertreten habe. Dagegen hat Beklagter nicht nur nicht zugegeben, daß er die fraglichen Störungen lediglich zum Schutz der Rechte jener Dritten vorgenommen habe, sondern er hat im Gegentheil ausdrücklich behauptet (Bl. — verb. mit Bl. —), daß der Grüner Graben ein Bergwerkswasser und die Wässer desselben der von ihm erpachteten Gottschalkmühle zu deren Betrieb auf vorgängige Muthung vom 22. April 1697 verliehen worden seien. Er nimmt mithin, wenn nicht für seine Person, so doch für die von ihm erpachtete Mühle, ein eigenes und ausschließliches, wenn auch aus der Qualität des Grüner Grabens als Bergwerkswasser hergeleitetes Recht der Benutzung der Grabenwässer in Anspruch, und auf die Vertheidigung dieses Rechts hat er dadurch, daß er die obgenannten Dritten als Urheber der von ihm vorgenommenen Besitzstörungen benannt hat, nicht verzichtet. Die Ablehnung der erwähnten Urheberschaft Seiten jener Dritten kann daher auch noch nicht dahin führen, daß Beklagter ohne Weiteres in Anerkennung des von dem Kläger prätendirten Wässerungsbefugnisses und in Enthaltung aller weiteren Störungen verurtheilt werde, vielmehr war dem Kläger zunächst der Beweis seines angeblichen Befugnisses aufzuerlegen.

Gleichzeitig war aber auch dem Beklagten die weitere Ausführung obgedachter seiner Behauptung, daß der Grüner Graben ein solches Bergwerkswasser sei, an welchem Rechte nicht durch Ersitzung hätten erworben werden können, und daß das in ihm fließende Wasser der Gottschalkmühle zur Benutzung am 22. April 1697 bergamtlich verliehen worden sei, für den Gegenbeweis nachzulassen.

Wäre der Grüner Graben wirklich, wie Beklagter behauptet hat, ein derartiges Bergwerkswasser, dessen Benutzung zeither schon ausschließlich dem Bergbau vorbehalten gewesen wäre, so würde der Kläger überhaupt nicht in der Lage sich befunden haben, durch Ersitzung das Befugniß zu erwerben, jenes Wasser zu seinen Privatzwecken abzuleiten, indem dann dieses lediglich für den Betrieb des Bergbaues vorbehaltene Wasser kein Object bildete, an welchem dritte Personen auf andere Weise als durch bergamtliche Verleihung Rechte adquiriren konnten. Nun steht zwar allerdings Kläger gegenwärtig nicht den die Rechte des Bergbaues vertretenden Organen gegenüber, sondern dem die Rechte der von ihm erpachteten Mühle vertheidigenden Beklagten. Es wird jedoch hierdurch nach Ansicht der jetzigen Instanz in Beurtheilung der Sache etwas Wesentliches nicht geändert. Denn konnte Kläger ein Recht, Wasser aus dem gedachten Graben abzuleiten, durch Ersitzung überhaupt nicht erwerben, so konnte er solches auch der erwähnten Mühle gegenüber nicht, auf welche durch die Bergbehörde das Benutzungsrecht durch Verleihung übertragen

worden ist. Eine solche Verleihung änderte die Qualität des in dem Grüner Graben fließenden Wassers als Bergwerkwasser nicht, da sie nur interimistisch und unter dem Bergreservat erfolgen konnte,

vergl. §. 248. des Gesetzes den Regalbergbau betr., vom 22. Mai 1851.

Freiesleben, der Staat und der Bergbau, §. 22. S. 109 ff. und voraussetzlich auch nur in dieser Maße erfolgt ist, und wenn daher der Beklagte in Vertretung der Gerechtsame der ihm verpachteten Mühle als Rechtsnachfolgerin des competenten Bergwerksorgans den Kläger an der Ableitung von Wasser aus jenem Bergwerksgraben hinderte, so griff er damit wenigstens nicht in ein dem Kläger zustehendes Recht ein, und er könnte daher, hätte er sich durch sein Gebahren auch anderen persönlichen Ansprüchen Klägers ausgesetzt, doch immer nicht von Letzterem mit der Confessorienklage belangt werden.

Sonach hat man die obgedachte, auch schon in voriger Instanz berücksichtigte Einrede des Beklagten zu beachten gehabt. Daß dieselbe aber nicht ohne Weiteres als liquid angesehen werden könne, ist bereits Bl. — gezeigt worden, und es wird daher Beklagter dieselbe, um für den Fall des Gelingens des dem Kläger zuerkannten Beweises zu einer Entbindung und Loszählung von der Klage zu gelangen, in seinem Gegenbeweise noch des Weiteren auszuführen haben."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Trautzsch'ens ÷ Clauß, vom 29. Oct. 1869. — Gerichtsamt im Bez.-Ger. Eibenstock.)

56.

Unterschiede der hereditatis petitio und der actio familiae erciscundae. — Erfordernisse beider Klagen. — Der Verzicht eines testamentarisch Honorirten auf Rechte aus dem Testamente bei Lebzeiten des Testators ist rechtlich bedeutungslos. — Die res judicata ist in allen Fällen, namentlich aber dann stricte zu interpretiren, wenn sie eine Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthält.*)

„Der Kläger fordert in seiner gegenwärtigen Klage Bl. — von seinen Geschwistern und soweit sie bereits verstorben sind, von deren Abkömmlingen die Herausgabe seines väterlichen Erbtheils. Das Fundament seiner Klage bildet das Bl. — in Abschrift beigebrachte Testament seines am 25. März 1859 verstorbenen Vaters, Christian Gottlob G. in B., vom 5. Februar 1857, welches zwar nur den Beklagten und Mitbeklagten publicirt worden ist, von dem Kläger aber Bl. — unbedingt als gültig anerkannt wird. In dem Testamente selbst ist der Kläger nach Bl. — Nr. I. 2. nebst seinen Geschwistern und seinen Geschwisterkindern zum Erben eingesetzt. Hierüber herrscht zwischen den Parteien Einverständniß.

Ueber die Natur dieser Klage hat sich unter den Parteien eine

*) Wochenblatt f. m. R. Jahrg. 1870. S. 96 ff.

große Verschiedenheit der Ansichten ergeben, indem namentlich darüber gestritten worden ist, ob die Klage eine hereditatis petitio oder ein judicium familiae erciscundae sei. Da, wie weiter unten gezeigt werden wird, zur richtigen Beurtheilung des in factischer Hinsicht sehr verwickelten Rechtsstreites es allerdings wünschenswerth erscheint, vor einem nähern Eingehen auf die Einzelnheiten den allgemeinen Gesichtspunkt festzustellen, unter welchen die von einander abweichenden Behauptungen und Gegenbehauptungen der Parteien zu fassen sind, und für die Entscheidung eine sichere Grundlage zu gewinnen, so bemerkt man über die Natur der ihrem wesentlichsten Inhalte nach oben angegebenen Klage Nachstehendes.

Die hereditatis petitio, welche sich von der rei vindicatio insbesondere dadurch unterscheidet, daß mittelst derselben nicht eine einzelne körperliche Sache, sondern eine Erbschaft, d. i. eine universitas, welche nicht blos aus körperlichen Sachen, sondern auch aus Rechten und Obligationen bestehen kann, gefordert wird, ist nach den §§. 2291. 2292. des bürgerl. Gesetzbuchs (man vergl. auch Commentar ed. II. Bd. 3. S. 338 f.) nur dann begründet, wenn der Beklagte entweder dem Kläger die Erbschaft oder einzelne erbschaftliche Gegenstände vorenthält, weil er Erbe zu sein behauptet (pro herede possidet), oder sich die Erbschaft oder einzelne erbschaftliche Sachen ohne irgend einen Grund angemaßt hat (pro possessore possidet). Zwar steht sie von mehreren Miterben auch dem einzelnen Miterben, nach Verhältniß seines Erbtheiles, zu (§. 2293. des bürgerl. Gesetzbuchs und Commentar a. a. O. S. 240. S. 259 f.) und es ist namentlich nicht ausgeschlossen, daß sie auch von einem Miterben wider seine Miterben angestellt werden kann. Immer aber wird vorausgesetzt, daß, wenn blos ein Erbtheil gefordert wird, der Beklagte die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt, oder wenn sie gegen Miterben gerichtet wird, diese das Erbrecht des Klägers bestreiten und die Erbschaft nach dem Verhältnisse der Erbportion des Klägers als Erben für sich in Anspruch nehmen (pro herede possident) oder nach der Erbrate des Klägers ohne irgend einen Grund besitzen (pro possessore possident).

In dem vorliegenden Falle läßt sich nun aber, nach den Verhältnissen, wie sie durch das Einverständniß der Parteien außer Zweifel gesetzt worden sind, nicht behaupten, daß die Beklagten und Mitbeklagten die G.'sche Erbschaft nach dem Erbtheile des Klägers pro herede oder pro possessore besitzen. Denn das Erbrecht des Klägers beruht auf dem G.'schen Testamente, dessen Gültigkeit von allen Parteien anerkannt worden ist. Hiermit ist die Denkbarkeit, daß die Beklagten und Mitbeklagten pro herede besitzen, ausgeschlossen. Aber auch davon, daß dieselben pro possessore besitzen, kann keine Rede sein, weil sie das Erbrecht des Klägers gar nicht bestreiten, sondern ihre Weigerung, dem Kläger seinen Erbtheil verabfolgen zu lassen, auf die Behauptung stützen, der Kläger habe noch bei Lebzeiten des Erblassers mit dem Bekenntnisse, wegen seines Erbtheiles ab-

gefunden zu sein, auf sein Erbrecht verzichtet. Ueber diesen Weigerungsgrund soll weiter unten noch das Speciellere gesagt werden. Hier wird die allgemeine Bemerkung genügen, daß dem auf das väterliche Testament gegründeten Erbrechte des Klägers gegenüber die Behauptung, es habe der Kläger noch bei Lebzeiten des Erblassers auf sein Erbrecht verzichtet, nicht als ein Bestreiten des testamentarischen Erbrechts des Klägers gelten kann, weil, wenn selbst der Kläger inter vivos auf sein (gesetzliches) Erbrecht verzichtet hätte, dies dem Erbrechte, welches er aus dem letzten Willen des Erblassers ableitet, nicht entgegensteht.

Mehr scheint auf den ersten Augenblick die Annahme für sich zu haben, daß die Klage Bl. — unter den Begriff der actio familiae erciscundae zu fassen sei. Bei näherer Betrachtung ist jedoch auch dies nicht der Fall.

Entscheidend ist in dieser Beziehung der §. 2343. des bürgerl. Gesetzbuchs, welcher wörtlich lautet:

> Unter Miterben findet die Erbtheilungsklage statt, vermöge deren die Theilung der Erbschaft, soweit sie gemeinschaftlich ist und nicht gemeinschaftlich bleiben soll, verlangt werden kann. In Ermangelung anderer Bestimmungen gelten dabei die Vorschriften über die Theilungsklage.

Hiernach ist die Gemeinschaftlichkeit der Erbschaft unter den Miterben eine wesentliche Voraussetzung der Erbschafttheilungsklage (judicium familiae erciscundae). An dieser Voraussetzung fehlt es aber nach dem §. 2347. des bürgerl. Gesetzbuchs, wenn in der Erbschaft blos nomina vorhanden sind, weil diese als nach Verhältniß der Erbtheile (ipso jure) getheilt zu betrachten sind. Allerdings können auch die erbschaftlichen nomina mit in das judicium familiae erciscundae gezogen werden. Dies ist aber nur in so weit denkbar, als, wenn in der Erbschaft körperliche Sachen vorhanden sind, an welchen die Miterben ihrer Erbportion entsprechende ideelle Antheile haben, zu dem Zwecke der Ausgleichung eine Ueberweisung der erbschaftlichen nomina an einen Miterben angemessen erscheint.

In dem vorliegenden Falle herrscht nach Bl. —, Bl. — und Bl. — unter den Parteien Einverständniß darüber, daß der G.'sche Nachlaß, nach Abzug der Passiven, 113,750 Thlr. 5 Ngr. 6 Pf. betrage und sich bis zu der Vertheilung unter die G.'schen Relicten durch die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen auf 114,267 Thlr. 11 Ngr. 4 Pf. erhöht habe. Für die Frage, ob erst noch eine Nachlaßtheilung erforderlich sei, ist dieses Moment in so fern wesentlich, als die für die arithmetische Berechnung der Erbtheile erforderlichen Unterlagen, zu deren Erreichung das judicium familiae erciscundae vorzüglich bestimmt ist, nämlich die Abschätzung der erbschaftlichen Sachen und die Ermittelung der sogen. personales praestationes (man vergl. Commentar, Bd. 3. S. 362. und Bd. 1. S. 334.) bereits unzweifelhaft vorliegen. Insbesondere sind aber die Er-

klärungen des Klägers Bl. — rücksichtlich der 6800 Thlr. Prälegate von Wichtigkeit, weil, hätte sich der Kläger nicht damit einverstanden erklärt, daß die Prälegate zuvörderst von der Nachlaßmasse in Abzug zu bringen seien, der Zweifel noch möglich gewesen wäre, ob nicht die Vorschrift des bürgerl. Gesetzbuchs im §. 2401. hätte zur Anwendung kommen sollen, was, wie zu Tage liegt, ein für den Kläger günstigeres Ergebniß geliefert haben würde. Man will dahingestellt sein lassen, ob, wenn in Folge des judicium familiae erciscundae die erbschaftlichen Sachen zu Gelde abgeschätzt und die aus der Gemeinschaft hervorgegangenen gegenseitigen Ansprüche der Miterben untereinander festgestellt worden sind, die bloße arithmetische Berechnung der Erbtheile zu dem Erbtheilungsverfahren gehöre. Soviel aber beruht außer allem Zweifel, daß, wenn die Erbtheilungsinteressenten über die erforderlichen Unterlagen für die Bezifferung der Erbtheile mit einander einverstanden sind, die richterliche Thätigkeit bei der Erbtheilungsklage sich erledigt hat, indem, wenn sich über die bloße Berechnung der Erbtheile noch Meinungsverschiedenheiten unter den Theilungsinteressenten ergeben sollten, die Entscheidung nur Rechnungsverständigen zukommen könnte und die richterliche Thätigkeit sich höchstens auf die proceßrechtliche Leitung bei der Einholung des Gutachtens der Rechnungsverständigen zu beschränken haben würde. Indessen sind in dem vorliegenden Falle dergleichen Streitigkeiten über die Calculatur bei der Vertheilung des G.'schen Nachlasses nicht einmal entstanden und es kann daher auch, wenn man selbst in dieser Beziehung anderer Ansicht wäre, die Klage nicht aus diesem Gesichtspunkte als judicium familiae erciscundae aufgefaßt werden.

Nach dem bisher Gesagten wird es nicht einer ausführlicheren Widerlegung des Einwandes bedürfen, daß, obschon die G.'schen Erben, mit Ausschluß des Klägers, den Nachlaß unter sich getheilt haben, dessen ungeachtet immer noch eine neue Erbtheilung zum Zwecke der Berechnung des Erbtheils des Klägers nöthig sei. Dieser Einwand würde nämlich nur dann begründet sein, wenn es sich um die Feststellung des G.'schen Nachlasses und um die sogen. personales praestationes handelte. Da aber hierüber Einverständniß unter den Parteien herrscht, so kann es nur noch auf eine einfache Berechnung des Geldbetrages ankommen, welchen der Kläger von seinen Miterben aus dem Grunde zu erhalten hat, weil sie den Nachlaß ohne Rücksicht auf sein Erbrecht unter sich vertheilt und an sich genommen haben.

Endlich erledigt sich der Zweifel, welcher gegen die hier vertheidigte Meinung aus den Einreden Bl. — unter Nr. 5. und Bl. — in so fern abgeleitet werden könnte, als die Tendenz dieser Einreden im Wesentlichen dahin geht, daß die von dem Kläger geforderte Erbquote sich in den Verhältnissen mindere, in welchen sich die Erbquoten der Beklagten und des Mitbeklagten durch die Beträge, welche der Kläger dem Nachlasse schuldig sei, erhöhen, durch die oben gemachten Bemerkungen über den Grundsatz: nomina sunt ipso jure divisa.

Denn in dem Verhältnisse der Miterben unter sich macht es keinen Unterschied, ob die Forderungen des Nachlasses an einen Miterben zu dem Betrage des reinen Nachlaßbestandes hinzugerechnet und die Erbtheile der Miterben von diesem erhöhten Betrage berechnet, oder ob die Forderungen, ohne Rücksicht auf den übrigen Nachlaß, als ipso jure getheilt betrachtet werden.

Aus dem vorstehend Bemerkten ergiebt sich, daß die Klage Bl. — weder eine hereditatis petitio, noch eine actio familiae erciscundae ist, sondern deren Zweck vielmehr lediglich dahin geht, daß die Beklagten und der Mitbeklagte dem Kläger Dasjenige herausgeben sollen, was sie durch die Vertheilung des G.'schen Nachlasses unter sich, ohne Berücksichtigung des Erbrechtes des Klägers, im Verhältniß zu einer Erbtheilung, bei welcher das Erbrecht des Klägers mit in Ansatz kommt, zu viel erhalten haben. Allerdings stützt sich der Kläger auf sein testamentarisches Erbrecht an dem Nachlasse seines Vaters, es fehlt aber zu dem Begriffe der hereditatis petitio auf Seiten der Beklagten und Mitbeklagten das possidere pro herede oder pro possessore, und zu dem Begriffe der actio familiae erciscundae das Erforderniß der Gemeinschaftlichkeit oder des Ungetheiltseins der Erbschaft. Wohl aber ist die Klage als sogen. Singularklage begründet, mittelst deren ein Erbe eine ihm, als solchem, zustehende Forderung wider Nachlaßschuldner geltend macht.

Die Entscheidung der vorliegenden Rechtssache hängt vorzüglich von der Bestimmung des Einflusses ab, welchen die Quittungs- und Verzichtleistungsurkunde des Klägers Bl. — auf die Klage hat. Die Ansichten der Parteien und selbst der beiden vorigen Instanzen gehen bei diesem Gegenstande weit auseinander. In der gegenwärtigen Instanz hat man einen Gesichtspunkt für entscheidend gehalten, von welchem sich weder in den Vorträgen der Parteien noch in den vorigen Urtheln eine Andeutung findet, dessen consequenter Durchführung jedoch allerdings, wenigstens zum Theil, res judicata entgegensteht.

Die vom Kläger ausgestellte Quittungs- und Verzichtleistungsurkunde, welche das Datum „New-York, am 1. Februar 1859" trägt und legal beglaubigt ist, lautet wörtlich so:

„Nachdem mich mein Vater, Herr Fabrikbesitzer Ch. G. G. bezüglich meines von ihm dereinst zu erwartenden Erbtheiles noch während Lebzeiten vollständig abgefunden hat, leiste ich hiermit ausdrücklich auf alle Ansprüche an seinen dereinstigen Nachlaß Verzicht, und habe vorstehende

Quittungs- und Verzichtleistungs-Urkunde

ausgestellt und eigenhändig unterschrieben."

Wie bereits oben beiläufig erwähnt worden ist, kann das testamentarische Erbrecht des Klägers nicht als durch diese Urkunde aufgehoben betrachtet werden. Allerdings hätte der Erblasser, so fern er nicht durch besondere Nebenverträge daran gehindert gewesen wäre,

auf Grund der Urkunde den Kläger von der Succession ausschließen können. Dies ist jedoch von ihm nicht geschehen, vielmehr hat er sein Testament, in welchem der Kläger als Erbe eingesetzt ist, nicht geändert. Die bloße Denkbarkeit aber, daß ein Erblasser sein Testament zu ändern beabsichtigt habe, ist ein für die Gültigkeit des Testaments völlig einflußloser Umstand. Namentlich treten in dem vorliegenden Falle Momente hinzu, welche sogar die Annahme, es habe der Erblasser den Willen gehabt, daß sein Testament rücksichtlich der Erbeinsetzung des Klägers nicht gelten sollte, im hohen Grade unwahrscheinlich machen. Die Urkunde enthält nämlich theils einen Verzicht des Klägers auf das Erbrecht an dem väterlichen Nachlasse, theils das Bekenntniß desselben, wegen seines „dereinst zu erwartenden" Erbtheiles von seinem Vater noch bei dessen Lebzeiten abgefunden zu sein. Soviel den Verzicht anlangt, so kann derselbe nur das gesetzliche Erbrecht betreffen; der Kläger gründet aber sein Erbrecht nicht auf das Gesetz, sondern auf das väterliche Testament, welches zwar bereits im Februar 1857 errichtet worden, jedoch erst mit dem am 25. März 1859 erfolgten Ableben des Erblassers in Kraft getreten ist. Wollte man den Verzicht auf das testamentarische Erbrecht beziehen, so würde man einen ganz ungewöhnlichen Begriff damit verbinden, indem bekanntlich ein Testament von dem Erblasser während seines Lebens zu jeder Zeit widerrufen werden und in dieser Zeit von einem Verzichte des Honorirten auf Rechte aus dem Testamente keine Rede sein kann. Zudem hätte der Erblasser eines Verzichtes des Klägers zu der Aenderung seines Testaments nur dann bedurft, wenn er demselben auch nicht einmal den Pflichttheil hätte hinterlassen wollen. Er änderte aber sein Testament nicht einmal in so weit, als er dazu ohne die Einwilligung des Klägers berechtigt gewesen wäre und selbst noch nach Empfang der Verzichtleistungsurkunde des Klägers ließ er mehrere Wochen verstreichen, ohne das Testament zu ändern.

Soviel weiter das Bekenntniß des Klägers, wegen seines Erbrechts noch bei Lebzeiten seines Vaters abgefunden worden zu sein, betrifft, so ergiebt sich, daß demselben nach dem über die Unerheblichkeit des darauf gegründeten Verzichts Gesagten eine selbständige Bedeutung nicht beigelegt werden kann. Indessen, auch abgesehen hiervon, leidet dieses Bekenntniß in so fern an Unbestimmtheit, als aus der Urkunde weder das Recht, wegen dessen der Kläger abgefunden worden, namentlich ob es das gesetzliche Erbrecht oder blos das Pflichttheilsrecht gewesen sei, noch die Art und Weise der Abfindung, namentlich ob sie in der Anrechnung von Collationsposten, in baaren Zahlungen, in Compensationen, oder in gegenseitiger Abrechnung und Gegenrechnung bestanden habe, zu ersehen ist. Vorzüglich entscheidend aber ist auch hier das Moment, daß der Kläger das väterliche Testament für sich hat und der Urkunde eine Gewalt angethan werden würde, wenn man die darin enthaltene Quittung auf das testamentarische

Erbrecht, also auf ein Recht beziehen wollte, welches damals noch gar nicht bestand, sondern erst nach dem Ableben des Erblassers zur Existenz gelangte.

Nach dieser Auffassung des Verhältnisses erledigen sich alle Fragen, welche in den Acten behandelt worden sind, insbesondere ob der Verzicht des Klägers ein bedingter oder unbedingter, ein von der Erfüllung eines modus oder wohl gar von einer ihrem Begriffe nach nicht zu bestimmenden sogen. Voraussetzung abhängiger sei, welche rechtliche Folgen sich an die Unmöglichkeit des modus oder der sogen. Voraussetzung knüpfen, unter welchen Voraussetzungen die condictio ob causam datorum statt habe u. s. w. Da nämlich der Erblasser das Testament, in welchem der Kläger zum Erben eingesetzt worden ist, nicht geändert hat, so succedirt der Kläger aus dem Testamente. Die ausgestellte Quittungs- und Verzichtleistungsurkunde hat ihren Zweck nicht erfüllt, weil der Erblasser von der ihm dadurch gegebenen Dispositionsfreiheit keinen Gebrauch gemacht hat, sondern mit Hinterlassung eines Testamentes verstorben ist, welches die Erben als eine für sie maßgebende Verfügung anzuerkennen haben.

Man hat bereits oben erwähnt, daß der vorstehende, den Intentionen des Klägers günstige, Gesichtspunkt, wegen entgegenstehender res judicata, nicht mehr in voller Consequenz als Grundlage der Entscheidung dienen kann, und es ist zum Verständnisse dieser vorläufigen kurzen Andeutung noch Nachstehendes zu bemerken. Die dem Kläger nachtheilige res judicata liegt in dem Ergebnisse des Vorprocesses, über welchen die beiliegenden Acten sub Rep. 1a. Lit. S. Nr. 85. ergangen sind. Schon damals forderte der Kläger unter Beziehung auf das väterliche Testament und unter dem Anführen, die Quittungs- und Verzichtleistungsurkunde vom 1. Februar 1859 stehe seinem Erbrechte nicht entgegen, weil sie im Einverständnisse des Erblassers blos den Zweck gehabt habe, den Erbtheil des Klägers gegen Ansprüche der Gläubiger desselben sicher zu stellen, die Herausgabe seines Antheiles an dem väterlichen Nachlasse in Gemäßheit der testamentarischen Anordnungen seines Vaters. Die Klage wurde in allen drei Instanzen aus formellen Gründen, namentlich weil der Kläger zum Zwecke der Elision der angegebenen Quittungs- und Verzichtsurkunde sich im Wesentlichen auf einen Schriftenwechsel bezogen, die einschlagenden Schriften aber nicht in extenso beigefügt, sondern blos deren Inhalt dem Sinne nach angegeben und sich darüber des Eidesantrages bedient habe, in der angebrachten Maße abgewiesen. In diesen Erkenntnissen ist zwar auf die Frage, ob die Klage nicht schon durch das G.'sche Testament begründet sei, nicht speciell eingegangen worden. Aber es muß angenommen werden, daß man diese Frage, und zwar ganz in Uebereinstimmung mit der schon in der Fassung der Klage zu Tage getretenen Tendenz des Klägers, verneint habe, weil, hätte man die entgegengesetzte Meinung gehabt, es einer Prüfung des Theiles der Klage, dessen Zweck darauf gerichtet war, daß die Quittungs-

und Verzichtleistungsurkunde vom 1. Februar 1859 dem Kläger nicht entgegenstehe, gar nicht erst bedurft hätte und noch weniger die Klage, wegen Unstatthaftigkeit des darüber gebrauchten Eidesantrages, in der angebrachten Maße abzuweisen gewesen wäre.

Läßt sich nun zwar hiernach allerdings nicht verkennen, daß dem Kläger in so weit res judicata entgegenstehe, als es überhaupt eines Thatumstandes bedarf, durch welchen die angegebene Urkunde beseitigt wird, so ist doch immer noch die Frage, wie der die Urkunde elidirende Thatumstand beschaffen sein müsse, eine offene geblieben und es steht namentlich kein Bedenken entgegen, daß in Gemäßheit des oben entwickelten, für den Kläger günstigen Gesichtspunkts an den hierauf bezüglichen Theil der Klage die mildesten Anforderungen gestellt werden, weil die res judicata in allen Fällen, insbesondere aber dann stricte zu interpretiren ist, wenn sie eine Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthält; des Umstandes nicht zu gedenken, daß in dem vorliegenden Falle die dem Kläger nachtheilige res judicata in ihrer Entstehung auf einen der früheren Klage zu Grunde liegenden Rechtsirrthum zurückzuführen ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Großmann ÷ verehel. Steffen und Gen., vom Monate August 1869*). — Ger.-Amt Bischofswerda.)

57.

Ueber die Vorbringung neuer Thatsachen in der dritten Instanz.

„Der Beklagte hat Bl. — erklärt, „daß er gegen die von den Klägern behauptete Ersatzpflicht nachträglich in Kraft persönlicher Einrede einen von ihm zur Zeit noch nicht zur Sprache gekommenen Umstand geltend zu machen habe". Handelte es sich dabei um eine sogen. exceptio noviter reperta, so würde (man vergl. Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch ed. II. Bd. 1. S. 176.) darauf wenigstens in soweit Rücksicht zu nehmen gewesen sein, als in dem gegenwärtigen Urthel ein Vorbehalt zu inseriren gewesen wäre, durch welchen der Eintritt der Rechtskraft von der Entscheidung über exceptio noviter reperta abhängig gemacht worden wäre, vorausgesetzt, daß man in dem Bl. — nachträglich zur Sprache gebrachten Umstande überhaupt eine Exception hätte finden können, was wenigstens nicht unzweifelhaft sein dürfte. Aber der Beklagte führt selbst an, daß er sich an der Vorschützung der Einrede versäumt habe und er deshalb die dem Staatsfiscus zustehende Rechtswohlthat in den vorigen Stand in Anspruch nehme. Hiernach findet, wie auch bereits Bl. — ganz richtig bemerkt worden ist, die Vorschrift des §. 17. des Gesetzes unter B. vom 28. Januar 1835 Anwendung, d. h. es ist auf das neuere An-

*) In vierter Instanz bestätigt mittelst Urthels vom 13. Nov. 1869.

führen des Beklagten bei Abfassung des gegenwärtigen Urthels keine Rücksicht zu nehmen und es wird namentlich dadurch der Eintritt der Rechtskraft nicht gehindert. Die Entscheidung über das Restitutionsgesuch gehört vielmehr lediglich vor die erste Instanz."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Lehnert u. Gen. ÷ Fiscum vom Monate September 1869. — Bez.-Ger.-Amt Dresden.)

58.

Die sogen. praesumtio Muciana wirkt nur, wenn sie vom Ehemanne für sich geltend gemacht wird. — Beweisthema des Ehegatten, welcher behauptet, dem anderen Ehegatten gehörige Sachen durch Kauf erworben zu haben. — Zu Begründung der rei vindicatio kann zulässiger Weise auf mehrfachen Eigenthumserwerb Bezug genommen werden.

„Der Kläger vindicirt Bl. — die Bl. — verzeichneten Gegenstände, welche nach Eröffnung des Concurses zu dem Vermögen seiner Ehefrau, auf den Antrag des Gütervertreters, von dem Concursgericht in Beschlag genommen worden sind. Derselbe nimmt auf die Vorschrift des §. 1656. des bürgerl. Gesetzbuchs nicht Bezug und es erledigt sich daher die Frage, ob er auf Grund der für sein Eigenthum streitenden gesetzlichen Vermuthung das Recht gehabt hätte, die Gültigkeit der gerichtlichen Beschlagnahme zu bestreiten und dadurch die Rolle des Klägers auf den in dem Creditwesen seiner Ehefrau bestellten Gütervertreter zu wälzen ꝛc. —

Wie in dem in den Annalen N. F. Bd. 2. S. 492 f.*) mitgetheilten Urthel mit Mehrerem gezeigt wird, hat der Ehegatte, welcher dem anderen Ehegatten eigenthümlich gehörige Sachen durch Kauf erworben zu haben behauptet, zu beweisen

a) den Abschluß des Kaufs,
b) die auf Grund des Kaufes erfolgte Uebergabe und
c) die Bezahlung des Kaufpreises.

Auf diese zur Begründung einer Vindicationsklage wesentlich gehörigen Thatsachen hat der Kläger in seinem Reclamationsgesuche Bl. — Bezug genommen und es fällt, da der Beklagte dem Reclamationsgesuche Bl. — und Bl. — rücksichtlich der Gegenstände, auf welche sich die in den vorigen Instanzen erkannte Abweisung bezieht, widersprochen hat, unbedenklich, den Kläger zu dem Beweise des Eigenthums an den reclamirten Gegenständen zu lassen.

Wie sich von selbst versteht, bleibt dem Beklagten unbenommen, in dem ihm nachgelassenen Gegenbeweise die Unwahrheit der von dem Kläger aufgestellten Behauptungen auszuführen und dabei namentlich auch den Gegenbeweis auf Thatsachen zu richten, aus deren Vorhandensein auf das Nichtvorhandensein der zum Beweise des Eigenthums des Klägers erforderlichen Thatsachen zu folgern ist. Eines

*) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 30. S. 92 ff. Nr. 29.

besonderen Vorbehaltes zu Gunsten des Beklagten bedurfte es in dieser Beziehung nicht.

Wenn der Kläger Bl. — sich darauf beruft, daß er mehrere dort näher bezeichnete Sachen zugleich mit dem Färbereigrundstücke der Gemeinschuldnerin in Einer Kaufsumme gekauft und übergeben erhalten habe, so steht dies mit seiner Behauptung, daß er dieselben Sachen auch in dem Kaufe Bl. — mit gekauft habe, nicht in Widerspruch, weil zwar ein Kauf, welchen der Eigenthümer über seine eigenen Sachen schließt, in so fern ungültig ist, als ein Eigenthum, welches bereits erworben ist, nicht noch einmal erworben werden kann, dessenungeachtet aber eine rei vindicatio auf einen mehrfachen Eigenthumserwerb in der Weise gestützt werden kann, daß es hinreicht, wenn nur Ein Eigenthumserwerb bewiesen wird, sollten auch die anderen nicht bewiesen werden können.

(Urthel des O.=A.=Ger. in Sachen das Creditwesen der verehel. Lösche betr., Lösche's ÷ curat. bon., vom Monate September 1869. — Ger.=Amt Lichtenstein). =

59.

Ueber die Beweiskraft eines Acceptes und des Anerkenntnisses desselben bezüglich der vom Aussteller geltend gemachten Forderung im Concurse des Acceptanten. — Wirkung der wider den Gemeinschuldner eingetretenen res judicata dem Concurse gegenüber.

„Der Kläger hat sich zu dem Beweise seiner theils pure, theils eventuell angemeldeten Forderung an 5700 Thalern auf das beiliegende Actenfascikel civ. prot. Nr. 400. 1868 bezogen. Als Beweismomente, welche sich aus diesem Actenfascikel ergeben sollen, bezeichnet er namentlich

1) den Bl. — in beglaubter Abschrift befindlichen, von ihm selbst an eigene Ordre gezogenen und von der Gemeinschuldnerin angenommenen Wechsel vom 2. Januar 1868,

2) das Anerkenntniß dieses Wechsels von Seiten der Acceptantin Bl. — und

3) den condemnatorischen Bescheid Bl. —, welchen die Gemeinschuldnerin Bl. —, unter Verzichtleistung auf Zahlungsauflage, als rechtskräftig angenommen hat.

Alle diese Momente sind aber ungeeignet, die angemeldete Forderung zu beweisen.

Soviel zunächst

zu 1.

den Wechsel Bl. — anlangt, so gründet der Kläger seinen Anspruch auf die Vorschrift des Art. 23. al. 2. der allg. d. Wechselordnung, nach welcher der Bezogene auch dem Aussteller aus dem Accepte wechselmäßig haftet. Wäre in dem Worte „wechselmäßig" ein

Hinweis auf den Art. 2. al. 1. der allg. d. Wechſelordnung enthalten, bezöge ſich namentlich dieſes Wort auf die perſönliche Haftpflicht des Wechſelſchuldners, ſo ließe ſich der Zweifel aufwerfen, ob, nachdem durch das norddeutſche Bundesgeſetz vom 29. Mai 1868 die Wechſelhaft aufgehoben worden iſt, die wechſelmäßige Haftpflicht des Acceptanten dem Ausſteller gegenüber überhaupt noch als beſtehend angeſehen werden könnte, ob nicht vielmehr, nach Wegfall aller, mit der eigenthümlichen Natur der Wechſel verbundenen, auf die Wechſelhaft, als ihre Quelle, zurückzuführenden wechſelrechtlichen Vorſchriften, auch das Verhältniß zwiſchen dem Traſſanten und Traſſaten lediglich nach den civilrechtlichen Beſtimmungen über den Zahlungsauftrag oder über die Anweiſung zu beurtheilen wäre. Indeſſen kann hiervon abgeſehen werden, weil, wenn man die Vorſchrift des Art. 23. al. 2. der allg. d. Wechſelordnung noch für anwendbar anſieht, doch wenigſtens die wechſelmäßige Haftpflicht des Acceptanten dem Ausſteller gegenüber dann ceſſirt, wenn nachgewieſen werden kann, daß der Ausſteller nicht auf Grund einer ihm an den Acceptanten zuſtehenden Forderung, ſondern unter Verhältniſſen traſſirt hat, unter welchen dem Acceptanten ein Anſpruch auf Wiedererſtattung des auf den Wechſel Gezahlten wider den Traſſanten zuſteht, z. B. wenn der Traſſat acceptirt hat, weil er dem Traſſanten hat creditiren oder ſich für denſelben hat verbürgen wollen.

Hieraus ergiebt ſich, daß, wäre der Wechſel Bl. — ganz in Ordnung, die von dem Kläger angemeldete Forderung dadurch immer noch nicht ſo ohne Weiteres als bewieſen zu betrachten ſein könnte. Denn, nähme man ſelbſt an, daß die Beſtimmung des Art. 23. al. 2. der allg. d. Wechſelordnung auch dem Creditweſen des Acceptanten gegenüber in ſo fern zur Anwendung käme, als der Ausſteller ſich zu dem Beweiſe ſeiner Forderung an den Gemeinſchuldner nur auf den acceptirten Wechſel zu beziehen brauchte, ſo würde doch wenigſtens dem Curator litis der Gegenbeweis nicht abzuſchneiden ſein.

In dem vorliegenden Falle tritt aber hinzu, daß das Accept der Gemeinſchuldnerin kein Datum hat und daſſelbe auf den Mitte Mai 1868 zahlbaren Wechſel auch erſt zu einer Zeit gebracht worden ſein kann, wo ſich der Kläger und die Gemeinſchuldnerin geehelicht gehabt haben. Dieſe Ungewißheit über die Zeit der Acceptation hat Einfluß auf die Beweiskraft des Wechſels, weil, hätte die Gemeinſchuldnerin erſt nach ihrer Verheirathung mit dem Kläger den von dem letzteren an eigne Ordre gezogenen Wechſel acceptirt, bis zum Beweiſe des Gegentheils anzunehmen ſein würde, daß der Acceptation eine ungültige Schenkung unter Ehegatten zu Grunde läge. Wollte man aber bei der Acceptation des Wechſels den Geſichtspunkt eines Schuldbekenntniſſes für entſcheidend halten, ſo würde doch immer die Beweiskraft eines ſolchen Schuldbekenntniſſes, mit Hinſicht auf das eheliche Verhältniß, dem Concurſe gegenüber zweifelhaft ſein.

Zu 2.

Nach dem zu 1. Gesagten kann darüber kein begründeter Zweifel vorhanden sein, daß die Erklärung der Gemeinschuldnerin Bl. —, sie recognoscire den ihr vorgelegten Wechsel, vornehmlich das auf demselben ersichtliche Accept, habe auch keine Einreden dagegen, für das Schuldenwesen völlig unverbindlich ist. Wenn schon das Anerkenntniß eines Wechsels an sich nur die Aechtheit des letzteren in Gewißheit zu setzen, dagegen die Wechselschuld, wenn sie nicht aus dem Wechsel hervorgeht, nicht zu begründen vermag, so kann in dem vorliegenden Falle dem Anerkenntnisse Bl. — auch nicht einmal Beweiskraft dem Creditwesen gegenüber beigelegt werden, weil das Wechselverhör, in welchem die Gemeinschuldnerin die eben angegebene Erklärung abgegeben hat, an dem Tage der Concurseröffnung, mithin zu einer Zeit abgehalten worden ist, wo die Gemeinschuldnerin über ihr Vermögen überhaupt nicht mehr verfügen konnte.

Soviel endlich das Beweismoment

zu 3.

anlangt, so kann der Ansicht des Klägers, daß die wider die Gemeinschuldnerin eingetretene res judicata auch wider den zu ihrem Vermögen ausgebrochenen Concurs verbindliche Kraft habe, nicht beigetreten werden. In dem §. 177. des bürgerl. Gesetzbuchs (man vergl. auch Commentar ed. II. Bd. 1. S. 203.) wird ausdrücklich gesagt, daß die res judicata die streitenden Theile und Diejenigen, welche in Ansehung des Streitgegenstandes ihre Rechtsnachfolger sind, verbindet. Zu den Rechtsnachfolgern der Partei gehört der Concurs nicht. Zwar wird der letztere auch die wider den Gemeinschuldner gesprochenen rechtskräftigen Erkenntnisse anerkennen müssen. Dies ist aber eine Consequenz des materiellen Grundsatzes, daß der Concurs nicht mehr Rechte haben kann, als der Gemeinschuldner gehabt hat, nicht ein Folgesatz des processualischen Princips: res judicata jus facit inter partes.

Allerdings hat der Concurs das Recht, in einen wider den Gemeinschuldner anhängigen Proceß einzutreten und allerdings würde eine rechtskräftige Entscheidung, welche hierauf gesprochen worden wäre, auch den Concurs verbinden. Aber in dem gegenwärtigen Falle ist der Beklagte in den wider die Gemeinschuldnerin anhängig gemachten Proceß nicht eingetreten. Nach dem oben zu 2. Bemerkten würde sich sogar der Zweifel erheben lassen, ob selbst wider die Gemeinschuldnerin eine Rechtskraft hätte eintreten können, wenn diese sich nicht freiwillig dem condemnatorischen Bescheide unterworfen hätte.

Unter diesen Verhältnissen konnte die Bestätigung des vorigen Urthels kein Bedenken haben."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen das Creditwesen der verehel. Lösche betr., Lösche's ÷ curat. lit., vom Monate September 1869. — Ger.-Amt Lichtenstein.) =

60.

Ein von dem Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung verkauftes und außergerichtlich übergebenes Grundstück kann nicht zur Concursmasse gezogen werden.

„Nach dem Urthel Bl. —, gegen welches der Beklagte nicht appellirt hat, steht rechtskräftig fest, daß das in dem Kaufe Bl. — näher bezeichnete Grundstück nicht zu dem Concurse gezogen werden kann, wenn die Gemeinschuldnerin dasselbe dem Kläger auf Grund des von den Kaufsinteressenten vollzogenen und gerichtlich recognoscirten Kaufes Bl. —, vor der Eröffnung des Concurses zu ihrem Vermögen, in der Bl. — näher angegebenen Weise außergerichtlich übergeben hat. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch in dem gedachten Urthel ganz richtig erkannt worden, daß, wenn das auf die außergerichtliche Uebergabe bezügliche Anführen des Klägers in Wahrheit beruhen sollte, der Beklagte zu einem Widerspruche wider die Eintragung des Klägers, als Eigenthümers des erkauften Immobiliars, nicht berechtigt sei, daß aber, wenn der Beklagte den ihm über die angegebene Behauptung angetragenen Eid zu leisten vermöchte, das Grundstück zu der Concursmasse zu ziehen und zu Gunsten der Gläubigerschaft zur Versteigerung zu bringen sei.

Der Kläger hat nach Bl. — wider das Urthel Bl. —, abgesehen von dem Kostenpunkte, nur um deßwillen appellirt, weil, neben dem Eide über die außergerichtliche kaufweise Uebergabe, auch noch auf den Eid über die Zahlung des Kaufpreises erkannt und dem Beklagten die Wahl unter den beiden Eiden nachgelassen worden ist. Wenn der Kläger in seiner Deductionsschrift Bl. — die Meinung aufstellt, daß die Bezahlung der Kaufgelder durch das Empfangsbekenntniß der Verkäuferin Bl. — bewiesen und er dadurch jeden weiteren Beweises überhoben werde, so ist ihm, und zwar aus den bereits Bl. — entwickelten Gründen nicht beizutreten.

Nichts desto weniger ist die Appellation, wenn auch in einem etwas andern Sinne, als der Kläger angiebt, materiell begründet.

Der Grund, warum ein von dem Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung verkauftes und außergerichtlich übergebenes Grundstück nicht zu der Concursmasse gezogen werden kann, liegt darin, daß dem Verkäufer, wenn er das dem Käufer übergebene Grundstück vindiciren wollte, die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehen würde, der Concurs aber, auf welchen nur die Rechte übergehen, welche der Gemeinschuldner noch zur Zeit der Concurseröffnung gehabt hat, nicht eine Sache vindiciren kann, deren Eigenthum der Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung auf Grund eines Kaufes übergeben hat. Wollte man sich hiergegen auf das sogen. Ingrossationssystem beziehen, so würde zu bemerken sein, daß (man vergl. Commentar, ed. II.

Bd. 1. S. 280 f.) das Grundbuchsprincip nur zum Schutze gutgläubiger Dritter dient, der Concurs aber, welcher die Rechte des Gemeinschuldners vermöge einer Singularsuccession erwirbt, nicht als ein Dritter in dem Sinne des Ingrossationssystems gelten kann. Ebenso würde der Einwand, daß der Concurs nur das Activvermögen des Gemeinschuldners erwerbe, nicht in die Obligationen eintrete, unbegründet sein, weil, wenn der Gemeinschuldner ein Grundstück vor der Concurseröffnung verkauft und außergerichtlich übergeben hat, es sich bei der Frage, ob der Concurs das Grundstück vindiciren könne, ohne die exceptio rei venditae et traditae befürchten zu müssen, nicht um die Erfüllung einer von dem Gemeinschuldner übernommenen Obligation, sondern um die Rückforderung einer Sache handelt, welche der Gemeinschuldner zu einer Zeit veräußert hat, wo er noch nicht in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt gewesen ist. Ein Beweis hierfür liegt namentlich auch darin, daß der Käufer, welcher das Grundstück außergerichtlich übergeben erhalten hat, von dem Concurse seines Verkäufers nicht etwa seine Eintragung in das Grundbuch, sondern nur die Unterlassung eines Widerspruchs gegen seine Eintragung verlangen kann.

Aus dem vorstehend Gesagten geht hervor, daß die Entscheidung der vorliegenden Sache lediglich von dem Delateide über die außergerichtliche Uebergabe abhängt. Schwört der Beklagte diesen Eid, so ist er von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen und es kommt namentlich darauf Etwas nicht an, ob der Kläger das Grundstück gekauft hat, oder nicht, und ob er den Kaufpreis bezahlt hat, oder nicht. Vermag dagegen der Beklagte diesen Eid nicht zu leisten, so bildet das Grundstück nicht einen Vermögensgegenstand, aus welchem sich die Gläubigerschaft befriedigt machen kann, abgesehen natürlich von den Gläubigern, für deren Forderungen das Grundstück hypothekarisch haftet. Der Beklagte würde, wenn er dessenungeachtet das Grundstück zur Concursmasse ziehen wollte, darauf Bezug zu nehmen haben, daß die Veräußerung ungültig, z. B. daß der Kauf nicht ernstlich gemeint gewesen, daß er in fraudem creditorum geschlossen worden sei u. s. w. Mit diesen Behauptungen ist derselbe aber, nach dem Grundsatze des Sächsischen Processes, negans jure jurando delato et acceptato non excipit, in dem vorliegenden Falle nicht zu hören."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen das Creditwesen der verehel. Lösche betr., Lösche's ÷ curat. bon., vom Monate September 1869. — Ger.-Amt Lichtenstein.)

61.

Zur Lehre von den Dienstbarkeiten. — Durch Zugeständniß der Existenz einer Wegegerechtigkeit räumt der Servitutpflichtige nicht seine Verbindlichkeit zu Instandhaltung des

Weges ein. — Feststellung des Begriffs der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten.*)

„Zur Appellation des Klägers.

Nach der Erklärung des Beklagten in der Anmerkung zu dem 38sten Einlassungsabschnitte Bl. —, er nehme für sein Grundstück unter Nr. 256 m. des Flurbuchs eine Dienstbarkeit auf dem Grundstücke des Klägers gar nicht in Anspruch, versteht es sich von selbst, daß der Beklagte auf dem in der Klage Bl. — näher beschriebenen Wege weder von Str. aus nach seiner Feldparcelle noch von letzterer aus wieder zurück nach Str. gelangen darf. Dabei macht es namentlich keinen Unterschied, ob er bei dem Fahren nach dem K.'ner Grundstücke eine ökonomische Arbeit auf diesem Grundstücke zu verrichten beabsichtigt oder nicht, ob der Gebrauch des Weges das Gelangen auf die K.'ner Feldparcelle ausschließlich oder in Verbindung mit dem Gelangen auf die Str.'ner Feldstücke, rücksichtlich deren die Wegegerechtigkeit auf dem Grundstücke des Klägers begründet ist, zum Zwecke hat, ob, wenn Dünger auf das Feld gebracht oder Ernte eingefahren wird, der Dünger ganz oder nur theilweise für das Grundstück bestimmt ist oder die Ernteladung lediglich in Ernteerzeugnissen der K.'ner Flurparcelle besteht, oder auch Ernteerzeugnisse der Str.'ner Grundstücke mit enthält.

Nun ist zwar so viel richtig, daß in vielen Fällen, z. B. wenn der Beklagte Ackergeräthe zum Zwecke der Bestellung seiner Str.'ner Grundstücke zunächst auf diese bringt und erst nach Vollendung der Arbeit auch zur Bestellung der K.'ner Feldparcelle verwendet, oder wenn er mit leeren Wagen fährt, um auf den Str.'ner Grundstücken erbaute Früchte zu holen, und sich erst, nachdem er dort Früchte geladen hat, auf die K.'ner Feldparcelle begiebt, um auch die daselbst erbauten Früchte aufzuladen, es dem Hinfahren in der Regel an äußern Merkmalen fehlen wird, vermöge deren dasselbe als eine Ueberschreitung der Wegegerechtigkeit zu betrachten sein könnte, indem darin eine größere Belästigung des dienenden Grundstücks nur dann liegen würde, wenn sich bei der Mitbewirthschaftung der K.'ner Feldparcelle eine größere Zahl von Fuhren nöthig machte, als bei der ausschließlichen Bewirthschaftung der Str.'ner Felder der Fall wäre. Aber auch in diesen Fällen würde der Beklagte die Grenzen seiner Befugnisse überschreiten, wenn er sich der Wegegerechtigkeit auch zur Rückfahrt bedienen, also Ackergeräthe, welches er zur Bestellung seiner K.'ner Feldparcelle gebraucht hat, auf dem dienenden Grundstücke zurückschaffen, oder Früchte, welche er auf dem K.'ner Grundstücke geerntet hat, auf dem ihm blos zur Bewirthschaftung der Str.'ner Feldstücke zustehenden Wege einfahren wollte.

Alles dies sind selbstverständliche Folgesätze der von dem Beklagten Bl. — abgegebenen Erklärung und, wenn man sich in dem

*) Wochenblatt f. m. R. Jahrg. 1870. S. 133 ff.

Vorstehenden mit deren Entwickelung befaßt hat, so bedarf es wohl nicht erst der Bemerkung, daß damit nicht eine Entscheidung hat ertheilt werden sollen, daß namentlich nicht die sämmtlichen Folgesätze erschöpft worden sind, daß, wenn der Kläger künftig wegen Störungen seines Eigenthums klagen sollte, durch das Gesagte der Entscheidung des concreten Falles nicht präjudicirt werden soll, daß überhaupt die vorstehende Ausführung der Rechtskraft nicht fähig ist.

Der Kläger hat aber auch kein Recht zu verlangen, daß der Beklagte im Allgemeinen zu dem Anerkenntnisse der Freiheit seines, des Klägers, Eigenthums verurtheilt wird. Denn dies würde etwas Weiteres nicht enthalten, als eine Wiederholung der gesetzlichen Vorschriften über das Eigenthum an Grundstücken, und auf diese hat der Kläger kein Recht dem Beklagten gegenüber, des Grundes nicht noch besonders zu gedenken, daß auch gar nicht abzusehen wäre, welches Interesse der Kläger an dem Ausspruche allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen in einem Erkenntnisse haben könnte.

Zu einer Verurtheilung des Beklagten wäre nur dann zu gelangen, wenn der Kläger sich darauf zu beziehen vermocht hätte, daß der Beklagte sein, des Klägers, Eigenthum thatsächlich oder durch die Behauptung eines dasselbe beschränkenden Rechts (Verbalturbation) verletzt habe, und es entsteht daher die Frage, ob die Klage, soweit sie den ersten Klagpunkt betrifft, nach dieser Richtung hin begründet sei.

Zunächst könnte es den Anschein gewinnen, als ob der Beklagte sich in der Anmerkung zu dem 20sten Einlassungsabschnitte Bl. — in so fern einer Verbalturbation schuldig gemacht hätte, als er das Recht über das Grundstück des Klägers zu seinem K.'ner Grundstücke zu gelangen, dann in Anspruch nimmt, wenn er auf seinen Str.'ner Feldstücken Etwas zu thun habe, während ihm dies nach dem oben Gesagten nur unter besonderen Voraussetzungen gestattet sein, oder vielmehr nicht verboten werden könnte. Indessen erledigt sich dies durch die spätere Erklärung des Beklagten Bl. —, daß, wenn er von seinen Str.'ner Feldstücken auf die K.'ner Parcelle gelangt sei, er den Rückweg nach Str. von seinem K.'ner Grundstücke aus auf dem an diesen stoßenden Wirthschaftswege in der K.'ner Flur und von da aus weiter auf dem von K. nach Str. führenden Communicationswege genommen habe.

Hiernach muß auf die Klage, in welcher der Kläger eine Turbation von Seiten des Beklagten angeführt hat, zurückgegangen werden. Das hierher gehörige Anführen steht auf Eid und reducirt sich darauf, daß der Bruder des Beklagten, August W., auf Geheiß des Beklagten, in den Monaten August und September 1868 wiederholt über die Grundstücke des Klägers nach der dem Beklagten gehörigen Feldparcelle Nr. 256 m. des K.'ner Flurbuchs und von letzterer aus nach Str. wieder zurückgefahren sei, und daß derselbe Bruder des Beklagten, deshalb von dem Kläger zur Rede gesetzt, behauptet habe, sein Bruder und dessen Angehörige hätten das Recht dazu. Soviel

die letztere Aeußerung des Bruders des Beklagten anlangt, so stimmt man der Ansicht der beiden vorigen Instanzen Bl. — und Bl. — bei, daß die Klage dadurch überhaupt nicht, insbesondere aber nicht für den gebrauchten Eidesantrag thatsächlich ausreichend begründet werde. Dagegen hat man in der gegenwärtigen Instanz in der Behauptung, daß der Bruder des Beklagten auf Geheiß des letzteren bei dem Hinfahren nach der K.'ner Feldparcelle und zu dem Rückfahren von dieser über die Grundstücke des Klägers gefahren sei, die auch für den Eidesantrag geeignete Behauptung gefunden, daß der Beklagte sich einer Störung des Eigenthums des Klägers schuldig gemacht hat. Zunächst nämlich dürfte es außer Zweifel beruhen, daß das Fahren nach einem Orte und von diesem zurück, eine Thatsache sei. Sodann aber würde, nach dem oben Gesagten, in dem Hin- und Zurückfahren auch selbst dann eine Turbation liegen, wenn selbst in dem Hinfahren wegen des damit verbunden gewesenen Zweckes der Bewirthschaftung der Str.'ner Flurstücke eine Störung des Eigenthums des Klägers nicht enthalten gewesen wäre ꝛc. —

Zur Appellation des Beklagten.

Der Beklagte nimmt Bl. — ein Mehreres, als der Kläger in der Klage zugestanden habe, nach einer doppelten Richtung hin in Anspruch, nämlich

1) insofern als er behauptet, daß der Kläger den Weg über sein Grundstück unter Nr. 312. des Str.'ner Flurbuchs, namentlich an der Stelle, an welcher sich ein Brückchen befinde, auf seine Kosten in Stand zu erhalten habe, während nach den allgemeinen Vorschriften über die Dienstbarkeiten (§§. 525. 526. des bürgerl. Gesetzbuchs) die Verbindlichkeit zur Herstellung und Erhaltung der zur Ausübung der Dienstbarkeit erforderlichen Vorrichtungen dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks obliegt, und der Eigenthümer des dienenden Grundstücks in dieser Beziehung nur zu einem Geschehenlassen gehalten ist,
und

2) insofern, als er die Wegegerechtigkeit nicht blos in dem in der Klage angegebenen Umfange, nämlich auf der Holzparcelle unter Nr. 312. des Str.'ner Flurbuchs, sondern in einer Ausdehnung erworben haben wolle, nach welcher auch das angrenzende Grundstück des Klägers unter Nr. 313. des gedachten Flurbuchs der Dienstbarkeit unterliege.

Daß den Beklagten in beiden Beziehungen die Beweislast trifft, beruht außer allem Zweifel. Soviel nämlich die Behauptung

zu 1)

anlangt, so ist bereits darauf hingewiesen worden, daß in dem Geständnisse des Klägers, es stehe dem Beklagten die Dienstbarkeit zum Zwecke der Bewirthschaftung seiner Str.'ner Flurparcellen zu, nicht das Geständniß, daß der Kläger diesen Weg im Stande zu erhalten habe, gefunden werden kann. Hierzu kommt aber, daß nach

§. 522. in Verbindung mit §. 512. des bürgerl. Gesetzbuchs eine Verbindlichkeit des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zu einem Geben oder Thun nicht durch Ersitzung erworben werden kann. Es wird daher der Beklagte bei seinem Beweise namentlich auch darauf Rücksicht zu nehmen haben, daß er das behauptete Recht nur dann durch Ersitzung erworben haben könnte, wenn die Ersitzung vor dem Inkrafttreten des bürgerl. Gesetzbuchs vollendet gewesen wäre (§. 8. der Publ.-Verordnung zum bürgerl. Gesetzbuch und Commentar, ed. II. Bd. 1. S. 12 f.).

So viel weiter die Einrede

zu 2)

betrifft, so ist allerdings nicht abzusehen, wie der Beklagte zu der Ansicht hat gelangen können, es hafte eine Grunddienstbarkeit auf dem ganzen Grundstückscomplexe, welchen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, neben diesem letzteren, im Eigenthume habe. In dem §. 538. des bürgerl. Gesetzbuchs findet diese Ansicht keine Unterstützung, indem dort, wie sich namentlich aus dem zweiten Satze ergiebt, von der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten die Rede ist. Was hierunter zu verstehen sei, kann hier nicht weiter ausgeführt werden (man vergl. Siebenhaar, Correalobligationen S. 198 f.). Dagegen wird in dem bürgerl. Gesetzbuch nicht gesagt, daß, wenn ein natürlicher Theil eines Grundstücks dienstpflichtig sei, die Dienstbarkeit auch die übrigen natürlichen Theile afficire, oder gar daß, wenn ein einzelnes Grundstück dienstpflichtig sei, dadurch die gesammten Grundstücke des Eigenthümers des dienstpflichtigen Grundstücks zur Mitleidenheit gezogen werden. Eine so gänzlich unrichtige Ansicht konnte auch nicht einmal als der Reprobation werth angesehen werden. In einer einzelnen Folge hat jedoch das bürgerl. Gesetzbuch die natürliche Theilbarkeit der Grundstücke auch in der Lehre der Grunddienstbarkeiten anerkannt, indem in §. 539. bestimmt worden ist, daß, wenn ein Grundstück natürlich getheilt werde und eine Dienstbarkeit nur auf einem natürlichen Theile ruhe, nur dieser Theil nach der natürlichen Theilung des Grundstücks als dienendes Grundstück zu betrachten sei."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Hennig ÷ Wickert, vom Monat September 1869. — Ger.-Amt Wurzen.) =

62.

Was gehört zur schlüssigen Begründung der Klagbehauptung, daß zu der Erklärung einer Ehefrau die ehemännliche Genehmigung erfolgt sei?

„Nachdem der Beklagte seine wider den Bescheid Bl. — eingewendete Appellation Bl. — wieder zurückgenommen hat, wäre es nur noch denkbar, daß der Eidesantrag Bl. — in so weit, als die Klage wider die Mitbeklagte darauf gegründet ist, nicht für statthaft zu achten sein könnte. Indessen ist auch dies nicht der Fall. Zunächst nämlich versteht es sich von selbst, daß in dem vorliegenden Processe

darauf Etwas nicht ankommen kann, ob der Beklagte und die Mitbeklagte die Bl. — angegebene verbindliche Erklärung am 24. oder 25. oder 26. October 1868, ob am Vormittage oder Nachmittage, abgegeben haben. Die Zeit ist eben für die Beurtheilung dieser Erklärung völlig einflußlos. Alles hängt davon ab, ob die Mitbeklagte im Einverständnisse mit dem Beklagten gehandelt, ob sie die geklagte Verbindlichkeit unter Verhältnissen übernommen hat, unter welchen anzunehmen ist, daß der Beklagte seinen ehemännlichen Consens dazu ertheilt habe. Wie diese Verhältnisse beschaffen gewesen sind, ob beide Eheleute sich zu gleicher Zeit verpflichtet haben, ob der Ehemann in Gegenwart der Ehefrau für diese mit verhandelt, oder ob die Ehefrau in Gegenwart des Ehemannes das Wort geführt habe, ist für die Sache selbst völlig einflußlos. Es reicht hin, daß beide Eheleute zusammen gehandelt haben, daß die von ihnen abgegebene verbindliche Erklärung eine gleichzeitige oder auch gemeinschaftliche beider Eheleute gewesen ist. Dies hat der Kläger Bl. — mit ganz klaren Worten angeführt. Einer größeren Specialität bedurfte es nicht und es ist lediglich Sache der Mitbeklagten, sich vor der Leistung des erkannten Eides die näheren Umstände zu vergegenwärtigen und mit sich zu Rathe zu gehen, ob sie den Eid mit gutem Gewissen zu leisten vermag oder nicht.

Am wenigsten ist abzusehen, wie die Mitbeklagte sich dadurch beschwert fühlen kann, daß in dem Bl. — erkannten Eid die Worte „beide gemeinschaftlich" mit aufgenommen worden sind. Diese Worte geben entweder nur den Sinn der Klage Bl. — wieder, oder sie beschränken die von dem Kläger aufgestellte Behauptung insofern, als nur eine besondere Beschaffenheit der von beiden Ehegatten abgegebenen Erklärung für entscheidend angesehen werden soll. Im ersteren Falle hat die Mitbeklagte keinen Grund, sich darüber zu beschweren, daß in dem Eide der Sinn der Klage verdeutlicht und schärfer hervorgehoben wird. In letzterem Falle hätte sich nur der Kläger beschwert fühlen können, weil die Mitbeklagte den Eid in dieser Fassung denkbarer Weise leisten könnte, während sie den Eid vielleicht nicht hätte leisten können, wenn man denselben ganz den Worten der Klage entsprechend geförmelt hätte."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Sison ÷ Berger und Gen., vom Monate September 1869. — Ger.-Amt Pirna.) ═

63.

Die der exceptio solutionis entgegengestellte Behauptung, es sei nicht die eingeklagte, sondern eine andere Forderung bezahlt worden, hat nicht die Natur einer Replik, sondern einer Verneinung der Einrede. — Ueber die Beweisführung bezüglich der exceptio solutionis.

„Die Appellation des Klägers hat die von der vorigen Instanz

Bl.— unter c. angegebenen Mehrzahlungen zum Gegenstande und ist namentlich gegen die in den Nationen Bl.— aufgestellte Ansicht gerichtet, daß die Behauptung des Klägers in den Gegenbeweisartikeln 17. bis 19. Bl.— und 47. bis 50. Bl.—, es seien diese Zahlungen auf andere Schuldforderungen geleistet worden, als eine Replik zu betrachten sei, welche in dem ersten Verfahren habe vorgeschützt werden müssen, wenn ihre Ausführung in dem Gegenbeweise habe gestattet sein sollen. Man hat die Appellation des Klägers in der gegenwärtigen Instanz aus nachstehenden Gründen nicht für unbeachtlich ansehen können.

Da die Replik, im technischen Sinne des Wortes, die Beziehung auf irgend einen Thatumstand ist, durch welchen die der Klage entgegengesetzte Exception, ihrer rechtlichen Begründung ungeachtet, wieder beseitigt wird, so kann die Behauptung des Klägers, eine excipirte Zahlung sei nicht auf die geklagte, sondern auf eine ihm an den Beklagten zustehende andere Forderung geleistet worden, nicht als eine Replik betrachtet werden. Denn durch Zahlung (Erfüllung) erlöscht die Forderung nur dann, wenn der Schuldner die geschuldete Summe entweder mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß die Forderung damit bezahlt (erfüllt) werden soll, oder wenigstens unter Verhältnissen leistet, unter welchen die Absicht, die Forderung zu bezahlen (zu erfüllen) anzunehmen ist. Excipirt nun aber der Beklagte Zahlung (Erfüllung) und behauptet der Kläger, es sei nicht die geklagte, sondern eine andere Forderung bezahlt (erfüllt) worden, so liegt darin nicht eine Replik, d. h. die Behauptung, es sei die Zahlung (Erfüllung) zwar an sich begründet, jedoch wegen eines besondern Umstandes für den vorliegenden Fall ausgeschlossen, sondern eine nur thatsächlich colorirte Verneinung, daß die geklagte Forderung bezahlt (erfüllt) sei.

Der vorstehende Gesichtspunkt, welcher mit den §§. 976. bis 980. des bürgerl. Gesetzbuchs in Uebereinstimmung steht, ist namentlich maßgebend für die Frage, ob, wenn der Beklagte Zahlung (Erfüllung) excipirt und der Kläger die Zahlung (Erfüllung) unter dem Anführen verneint, daß er neben der geklagten Forderung noch eine andere Forderung gehabt habe, welche bezahlt (erfüllt) worden sei, die Exception der Zahlung (Erfüllung) für zugestanden zu betrachten und auf den Beweis der von dem Kläger behaupteten Mehrheit der Forderungen zu interloquiren, oder wenigstens, wenn es des Beweises der Exception bedürfen sollte, dem Kläger die Ausführung der behaupteten Mehrheit der Forderungen für den Gegenbeweis vorzubehalten sei. Nach der richtigen Ansicht ist nämlich Beides zu verneinen. Man kann dahingestellt sein lassen, ob gegen die Ausflucht der Zahlung (Erfüllung) eine Replik überhaupt denkbar sei (die Fälle wenigstens, wo der Kläger behauptet, es sei mit fremdem Gelde bezahlt, oder es sei die in solutum gegebene Sache eine fremde gewesen, würden nicht dahin zu zählen sein), aber so viel beruht außer allem Zweifel, daß die Zahlung (Erfüllung) einer Forderung nicht die

Zahlung (Erfüllung) einer andern Forderung sein kann. Ist aber dieses der Fall, so ist auch die Behauptung des Klägers, er habe außer der geklagten Forderung noch eine andere gehabt, welche jedoch bezahlt (erfüllt) worden sei, nicht geeignet, die Exception des Beklagten, daß die geklagte Forderung bezahlt (erfüllt) sei, zu entkräften. Jene Behauptung des Klägers hat auf die Entscheidung gar keinen Einfluß, sie mag wahr oder nicht wahr sein. Ist sie nämlich wahr, so folgt daraus, daß der Beklagte eine andere Forderung bezahlt (erfüllt) hat, nicht, daß die geklagte Forderung nicht bezahlt (erfüllt) sei. Ist sie unwahr, so folgt daraus, daß der Kläger behauptet, er habe eine Forderung an den Beklagten gehabt, welche bezahlt (erfüllt) worden sei, nicht, daß auch die geklagte Forderung bezahlt (erfüllt) sei.

Alles dies gilt, wenn der Beklagte beweist, daß er die geklagte Forderung bezahlt (erfüllt) habe. Anders gestaltet sich aber das Verhältniß, wenn er nicht direct die Zahlung (Erfüllung) der geklagten Forderung beweist, sondern auf Thatsachen Bezug nimmt, aus welchen zu folgern ist, daß die geklagte Forderung bezahlt (erfüllt) sei, z. B. wenn Jemand, welcher mit einem Andern in einem Contocurrentverhältnisse steht, eine Zahlung leistet, ohne die Schuld, welche er damit tilgen will, namentlich zu bezeichnen. In diesem Falle beruht der Beweis auf einer Schlußfolgerung, nämlich der, der Beklagte hat eine Zahlung geleistet; daß der Kläger außer der geklagten Forderung noch eine andere gehabt habe, liegt nicht vor, mithin ist anzunehmen, daß die geklagte Forderung bezahlt (erfüllt) sei. Gründet der Beklagte den Beweis der Zahlung (Erfüllung) auf eine solche Schlußfolgerung, so versteht es sich von selbst, daß dem Kläger unbenommen ist, seinen Gegenbeweis auf Thatsachen zu richten, welche dem Beweise die Grundlage entziehen, auch wenn er dieselben nicht schon in dem ersten Verfahren zur Sprache gebracht hat. Denn der Beklagte stützt seinen Beweis auf Thatsachen, aus deren Vorhandensein geschlossen werden soll, daß gerade die geklagte Forderung bezahlt (erfüllt) sei und der Kläger unternimmt einen directen Gegenbeweis, wenn er auf Momente Bezug nimmt, durch welche der künstliche Beweis des Beklagten geschwächt oder gänzlich entkräftet wird. Geschwächt nämlich wird der Beweis des Beklagten in dem vorausgesetzten Falle, wenn der Kläger in seinem Gegenbeweise darthut, daß ihm zu der Zeit, wo der Beklagte Zahlung geleistet hat, noch neben der geklagten Forderung andere Forderungen zugestanden haben, auf welche die Zahlung nach dem §. 979. des bürgerl. Gesetzbuchs verhältnißmäßig mitzurechnen gewesen sei. Entkräftet wird der Beweis des Beklagten, wenn der Kläger in dem Gegenbeweise darthut, daß die Zahlung nach dem §. 978. des bürgerl. Gesetzbuchs auf eine andere Forderung, als die geklagte, geleistet oder angenommen worden sei, oder daß ihm noch andere Forderungen zugestanden haben, auf welche die Zahlung nach den §§. 979. und 980. des bürgerl. Gesetzbuchs zunächst zu rechnen gewesen sei.

Der Einwand, welcher mit Hinsicht auf den vorliegenden Fall gemacht werden könnte, nämlich es habe der Kläger seine Klage auf die Rechnung Bl. — gestützt und es sei in dem Contoeurrentverhältnisse unzulässig, eine einzelne Post aus ihrem Zusammenhange zu reißen und zum Gegenstande einer besondern Klage zu machen, ist unbegründet, weil daraus, daß zwei Personen in einem Contoeurrentverhältnisse stehen, nicht folgt, daß sie neben diesem Verhältnisse nicht noch andere Geschäfte mit einander gemacht haben können, des Umstandes nicht besonders zu gedenken, daß die Beklagte Bl. — excipirt hat, ihr Ehemann habe neben der Geschäftsverbindung, für welche sie sich verbürgt gehabt hat, noch in einer andern Geschäftsverbindung mit dem Kläger gestanden, welche von ihrer Bürgschaft ausgeschlossen gewesen sei."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Keskary ÷ verehel. Radon, vom Monat September 1869. — Bez.-Ger.-Amt Leipzig.) =

64.

Ueber den Gerichtsstand der Erbschaft.

„Die Beklagten haben sich Bl. — durch das vorige Urthel Bl. — beschwert gefühlt, weil das erste Erkenntniß Bl. —, welches die Klage wegen Incompetenz des fori abgewiesen und die Klägerin in Erstattung der Kosten des Processes verurtheilt hat, abgeändert, und unter Compensation der Kosten der zweiten Instanz, auf Beweis der Klage erkannt worden ist. Das Königl. Oberappellationsgericht hat diese Appellation in so weit, als damit die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses bezweckt wird, für begründet anzusehen nicht vermocht. Wie bereits erwähnt worden ist, hat die erste Instanz die Klage allhier abgewiesen, weil sie angenommen hat, es sei durch das gerichtliche Zeugniß Bl. — in Liquidität gesetzt, daß der Sch.'sche Nachlaß bereits vor Anstellung der Klage getheilt und daher der Gerichtsstand der Erbschaft nicht mehr begründet gewesen sei. Dagegen hat die zweite Instanz die Zuständigkeit des Gerichts anerkannt, und dieser Ansicht ist man aus nachstehenden Gründen beigetreten.

Wenn man in der Theorie und Praxis unter dem Gerichtsstande der Erbschaft den Gerichtsstand versteht, welcher für die Klagen der Vermächtnißnehmer auf Gewährung des Vermächtnisses und für die Erbschaftsklage und Erbtheilungsklage zuständig ist, so bringt man zwei in ihrer Natur ganz verschiedene Gerichtsstände unter einen Gesammtbegriff. Soviel nämlich die Klagen auf Gewährung der Vermächtnisse betrifft, so richtet sich der Gerichtsstand bei denselben nach dem Orte, an welchem die Vermächtnisse nach dem ausdrücklichen oder muthmaßlichen Willen des Erblassers gewährt werden sollen (§. 5. J. de obligat. quae quasi ex contr. l. 3 D. quibus ex caus. in possess. eatur). Da nämlich in dem Erbschaftsantritte ein Quasi-

contract liegt, und der Erbe dadurch die Laſten der Erbſchaft, d. h. die Erbſchaftsſchulden und die von dem Erblaſſer aufgelegten Vermächtniſſe, ſtillſchweigend übernimmt, ſo wird der Gerichtsſtand des Contractes (forum contractus) begründet und dieſer Gerichtsſtand iſt bekanntlich mit dem Gerichtsſtande der Zahlung (forum solutionis) identiſch. Soviel dagegen die Erbſchaftsklage und die Erbtheilungsklage anlangt, ſo haben ſie die Erbſchaft, als ein Ganzes, zum Gegenſtande. Die Erbſchaft repräſentirt aber den Erblaſſer und es kann daher der Gerichtsſtand derſelben nur der des Erblaſſers ſein, oder, mit andern Worten, es kann für die Erbſchaftsklage und Erbtheilungsklage nur der Gerichtsſtand des von der Erbſchaft fortgeſetzten und in dieſer fortdauernden Wohnſitzes des Erblaſſers als zuſtändig angeſehen werden (l. 1 pr. §. 1 D. si pars hered. pet. l. 10. l. 18. §. 2. l. 19. l. 20. D. de hered. petitione).

Man kann dahingeſtellt ſein laſſen, ob es zweckmäßig ſei, für zwei ſo ganz verſchiedene Gerichtsſtände denſelben Ausdruck „Gerichtsſtand der Erbſchaft" zu gebrauchen. Aber in jedem Falle muß man ſich, wenn man den Ausdruck in dem weiteren Sinne gebraucht, des Unterſchiedes bewußt ſein, welcher zwiſchen den angegebenen zwei Gerichtsſtänden beſteht, indem nur dann erklärlich iſt, warum z. B. bei den Klagen wegen der Vermächtniſſe zwei Gerichtsſtände, nämlich der Gerichtsſtand des Vermächtniſſes (forum contractus oder solutionis) und der Gerichtsſtand des Wohnſitzes des Erben (forum domicilii heredis) zuſammentreffen, während es bei der Erbſchaftsklage und Erbtheilung nur einen excluſiven Gerichtsſtand giebt.

Die einzige Vorſchrift, welche ſich in der Erl. Proceßordnung über den Gerichtsſtand der Erbſchaft findet, iſt die in §. 2. ad Tit. IV. Sie handelt von dem Modus der Inſinuation der Ladungen an die Erben und lautet wörtlich ſo:

> Auch mag, wenn die Erben ſich noch nicht getheilt, in das gemeinſchaftliche Haus oder Gut, es ſei Lehn oder Erbe, demjenigen, ſo darin ſich wirklich aufhält, wohl inſinuirt werden, und iſt derſelbe ſodann ſchuldig, ſeinen Miterben, bei Vermeidung 5 Thaler Strafe, davon ſo bald als möglich Nachricht zu geben, auch, wie ſolches geſchehen, ad acta zu dociren.

Man kann, anſcheinend nicht ohne Grund, bezweifeln, ob auf dieſe Vorſchrift, welche auch in ſo fern unvollſtändig iſt, als, wenn der in dem Erbhauſe aufhältliche Erbe die Mittheilung der Ladung an ſeine Miterben nicht „ad acta docirt hat" und die Vorgeladenen ausgeblieben ſind, nicht in contumaciam geſprochen werden kann, der Gerichtsſtand der Erbſchaft in dem oben angegebenen Sinne, als fortgeſetzter Gerichtsſtand des Wohnſitzes des Erblaſſers, auch für die Klagen wegen der Vermächtniſſe gegründet werden könne und ob namentlich, wenn dies der Fall wäre, der oben gedachte Gerichtsſtand des Contractes (forum contractus oder solutionis) dadurch abſorbirt worden ſei. Aber, welche Meinung man auch in dieſer Hinſicht für

die richtigere halten mag, der Gerichtsstand der Erbschaft dauert nach der Erl. Proceßordnung so lange fort, als „sich die Erben noch nicht getheilt haben". Namentlich ergiebt sich hieraus, daß der Gerichtsstand der Erbschaft begründet ist, die Erben mögen die Erbschaft bereits angetreten haben oder nicht, daß der Kläger also, wenn er vor dem Gerichtsstande der Erbschaft klagt, die Zuständigkeit des Gerichts nicht erst zu beweisen hat, sondern es Sache der Erben ist, ihre Behauptung, es sei der Gerichtsstand zur Zeit der Anstellung der Klage nicht mehr begründet gewesen, weil sie die Erbschaft vorher unter sich getheilt haben, sofort in Liquidität zu setzen, wenn sie die Einrede des unzuständigen Gerichtes mit Erfolg vorschützen wollen.

Fragt man nun, ob die Beklagten ihre Einrede der Incompetenz sofort liquid gemacht haben, so ist dies unzweifelhaft zu verneinen. Man will ununtersucht lassen, ob in dem Protokolle Bl. — mit den Worten, es sei von den Beklagten die exceptio fori incompetentis vorgeschützt worden, eine ausreichende Beziehung auf den Wegfall des Gerichtsstandes wegen Theilung der Erbschaft zu finden sein dürfte. In jedem Falle wird, wie die zweite Instanz ganz richtig bemerkt, durch das gerichtliche Zeugniß Bl. — nicht dargethan, daß die Beklagten die Sch.'sche Erbschaft, als sogen. universitas juris, vor der Erhebung der Klage unter sich getheilt haben. Zur Widerlegung der von den Beklagten vorgeschützten Einrede der Incompetenz hätte es daher einer Berufung auf den Inhalt der Sch.'schen Nachlaßacten gar nicht bedurft. Aber auch nach Demjenigen, was die zweite Instanz Bl. — aus diesen Acten referirt, geht hervor, daß die Exception der Beklagten ungerechtfertigt sei, indem namentlich außer Zweifel beruht, daß die zum Sch.'schen Nachlasse gehörigen Immobilien, obschon sie im Auslande liegen, als sogen. res hereditariae zu betrachten sind und von einer Erbtheilung nur dann die Rede sein könnte, wenn auch sie getheilt worden wären oder die Erben wenigstens eine Vereinbarung dahin getroffen hätten, daß sie dieselben in communione behalten wollten."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen verw. Jahn ÷ unverehel. Scheube, vom Monate October 1869*). — Bez.-Ger.-Amt Leipzig.)

65.

Deshalb, weil die Erfüllung eines Vertrags der einen Partei Schwierigkeiten macht, ist die andere Partei nicht berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten oder ihrerseits die Erfüllung zu verweigern. — Neu entstandene Einrede?

„Da dem Kläger gegenüber nunmehr rechtskräftig feststeht, daß die libellirten 600 Thlr. nicht unbedingt, sondern nur gegen die Ueber-

*) In vierter Instanz bestätigt mittelst Urthels vom 22. Januar 1870.

gabe des erkauften Grundstücks zu bezahlen sind, so ist nicht abzusehen, wie in dem Bl. — angegebenen Umstande, daß der Kläger, nach der nothwendigen Subhastation des verkauften Grundstückes, nicht mehr im Stande sei, den Kauf zu erfüllen, eine neu entstandene Einrede zu erblicken sein sollte. Insoweit sich nämlich der Kläger nunmehr thatsächlich außer Stande befindet, die Voraussetzung zu erfüllen, von welcher die Verurtheilung des Beklagten in dem zweiten Urthel abhängig gemacht worden ist, insoweit wird dem Rechte des Beklagten durch das zweite Erkenntniß Genüge geleistet. Insoweit aber die Tendenz des Beklagten bei der Vorschützung der Einrede Bl. — dahin gegangen sein sollte, daß ausgesprochen werden möchte, es stände dem Kläger nunmehr auch nicht einmal das Recht zu, die libellirten 600 Thlr. sammt annexis zu fordern, wenn er das verkaufte Grundstück zu übergeben und dem Beklagten das Eigenthum daran zu verschaffen im Stande wäre, insoweit ist die Einrede unbegründet. Denn will man auch annehmen, daß die Erfüllung des Kaufes dem Kläger schwierig sei, so ist doch immer noch nicht ausgeschlossen, daß diese Schwierigkeit von ihm überwunden werden kann. Am wenigsten folgt daraus, daß die Erfüllung des Kaufes für den Kläger Schwierigkeiten hat, ein Recht des Beklagten, den Kauf für aufgehoben zu betrachten und die Zahlung der Kaufgelder zu verweigern, wenn der Kläger seinen Verbindlichkeiten nachkommt.

Man kann dahingestellt sein lassen, ob die zweite Instanz behindert gewesen sei, über eine neu entstandene Einrede in materialibus zu erkennen, sie entweder für begründet zu erklären, oder als unbeachtlich zu verwerfen. Soviel aber beruht außer allem Zweifel, daß, wenn die vorgeschützte Ausflucht gar nicht geeignet ist, irgend einen Einfluß auf die Entscheidung zu äußern, auch nicht eine Verweisung der Entscheidung über dieselbe in die erste Instanz für gerechtfertigt angesehen werden kann, indem ein Anführen, welches überhaupt gar nicht eine Exception enthält, auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer exceptio noviter emergens Berücksichtigung verdient."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Burghold ÷ Pfüller, vom Monat October 1869. — Bez.-Ger.-Amt Chemnitz.) =

66.

Die Erhebung von Besitzabgaben von Grundstücken, welche in nothwendiger Subhastation erstanden worden, betr.

Bei der Aufstellung eines Regulativs über die Erhebung von Besitzabgaben zur Armen-, Schul- und Kirchencasse für die Gemeinde Lugau war in §. 2. dieses Regulativs die Bestimmung aufgenommen worden, daß die fraglichen Abgaben auch von Grundstücken, welche in nothwendiger Subhastation erstanden worden, ent-

richtet werden sollten, welche Bestimmung jedoch von der Kreisdirection beanstandet worden war, da der Erhebung einer Abgabe von solchen in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücken die Bestimmung in §. 1. Alin. 1. des Gesetzes, die Aufhebung einiger Bestimmungen der allgemeinen Armenordnung betr., vom 5. Mai 1868 (Gesetz- u. Verordnungsblatt v. J. 1868. Bd. 1. S. 275) entgegenstehe, und aus den nämlichen Rücksichten, welche dieser Bestimmung zum Grunde lägen, eine derartige Abgabe auch zur Kirchen- und zur Schulcasse unstatthaft erscheine.

Auf den von der politischen und der Kirchen- und Schulgemeinde gegen die diesfallsige Verordnung der Kreisdirection eingewendeten Recurs ist nun auch das Ministerium des Innern der Entschließung der Kreisdirection, soweit dabei die Armencasse in Frage komme, unter Verwerfung des Recurses beigetreten, da die angezogene Bestimmung des Gesetzes vom 5. Mai 1868, wonach bei Grundstückserwerbungen in Folge nothwendiger Subhastationen Beiträge zur Armencasse nicht entrichtet werden sollen, eine präceptive sei, auf welche die Bestimmung in §. 1. Alin. 3. leg. cit. sich nicht beziehe, und welche auch nicht localstatutarisch abgeändert werden dürfe.

Dagegen hat, was die übrigen Abgaben zur Kirchen- und Schulcasse anlangt, das Cultusministerium den eingewendeten Recurs für begründet erachtet und die Einführung einer localstatutarischen Bestimmung in der beabsichtigten Maße für zulässig erklärt, da einerseits §. 34. des Schulgesetzes vom 6. Juni 1835 die Erhebung von Beiträgen zum Besten der Schule sowohl bei Käufen als auch bei anderen Besitzveränderungen ganz im Allgemeinen nachlasse, so daß, wie auch schon früher (s. Cod. des Sächs. Kirchen- und Schulrechts, 2te Aufl. S. 440 Note 45) vom Ministerium ausgesprochen worden sei, die Schulgemeinde nicht als behindert angesehen werden könne, eine Besitzabgabe auch von Grundstücken, welche in nothwendiger Subhastation erstanden worden, zur Schulcasse in legaler Weise einzuführen, während dagegen andererseits auch der Erhebung einer gleichen Abgabe zum Aerar in dem nurgedachten Falle eine gesetzliche Bestimmung in gleicher Weise, wie bei der Armencasse, nicht im Wege stehe.

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection in Zwickau vom 7. Dec. 1869, im Einverständnisse mit dem Ministerium des Innern erlassen.) S.

67.

Die Ausstellung von Geburtsscheinen für Militärpflichtige betr.

In Bezug auf die Ausstellung von Geburtsscheinen für Militärpflichtige hat sich das Cultusministerium, zu Erledigung einiger des-

halb angeregter Zweifel, in einer Verordnung an die Kreisdirection in Zwickau dahin ausgesprochen, daß die vor dem Erscheinen der Militär-Ersatz-Instruction vom 26. März 1868 ausgestellten Geburtsscheine, abgesehen von der Militärpflicht, zu den seither nachgelassenen und üblich gewordenen Zwecken auch gegenwärtig noch gültig seien. Sollte jedoch bei der Anmeldung eines Militärpflichtigen zur Einschreibung in die Stammrolle die mit deren Führung beauftragte Behörde an der Stelle des producirten, nach älterem Muster ausgestellten Geburtsscheines die Beibringung eines nach dem Schema, welches der Generalverordnung vom 27. Februar 1869 (Gesetz- und Verordnungsblatt von 1869, S. 29) beigegeben ist, ausgestellten Geburtsscheines verlangen, so werde sich der betreffende Pfarrer nicht entbrechen können, diesem Verlangen gegen Zurückgabe des früher ausgestellten Geburtsscheines zu entsprechen.

Ferner würden im Falle des Verlustes eines Geburtsscheines und bezüglich der Ausstellung eines neuen dergleichen die Bestimmungen in §. 20. des Mandats vom 20. Sept. 1826 nach wie vor Geltung behalten. Dagegen müsse das Ministerium es bedenklich finden, die unter Punkt 4. der Generalverordnung vom 27. Febr. 1869 für das Duplicat eines Geburtsscheines nachgelassene Gebühr von vier Neugroschen auch in dem Falle erheben zu lassen, wenn auf Verlangen der die Stammrolle führenden Behörde anstatt eines alten, nach dem früheren Formulare ausgestellten Geburtsscheines ein neuer dergleichen auszustellen wäre, da ja bei der früheren Ausstellung des Scheines die gedachte Gebühr bereits erlegt worden sei.

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection in Zwickau, vom 2. März 1870.) S.

Präjudizien zur Kirchenvorstands- und Synodalordnung vom 30. März 1868.

68.

Die Verpflichtung und Einweisung der Kirchenvorstände betr.

In einer Verordnung an die Kreisdirection zu Dresden vom 17. October 1868 (vergl. Feller's Commentar, 2te Aufl. S. 78*) hat das Cultusministerium sich dahin ausgesprochen, daß zwar der Regel nach alle Mitglieder der Kirchenvorstände in der Kirche zu verpflichten und einzuweisen seien, daß jedoch eine Abweichung hiervon keine Nullität der Verpflichtung herbeiführe und bezüglich solcher Mitglieder, die am Erscheinen bei dem feierlichen kirchlichen Acte be-

*) Siehe auch Bd. 32. S. 366. dieser Zeitschrift.

hindert seien, die nachträgliche Verpflichtung in einer Sitzung des Kirchenvorstandes für ausreichend zu erachten sei.

In gleichem Sinne hat das Cultusministerium in Bezug auf die Frage wegen der Verpflichtung neuer, innerhalb der Wahlperiode cooptirter Kirchenvorstandsmitglieder sich dahin geäußert, daß es keinen Anlaß zu einer Ausstellung gegen das Verfahren finde, daß die während der Wahlperiode zu Ergänzung der Kirchenvorstände nach §. 17. Absatz 3. der Kirchenvorstandsordnung Erwählten auch nur in deren Mitte durch Ablegung des unter Punkt V. der Verordnung, die Einsetzung der Kirchenvorstände ꝛc. betr., vom 30. März 1868 vorgeschriebenen Angelöbnisses mittelst von dem Vorsitzenden abzunehmenden Handschlages verpflichtet und als neue Kirchenvorstandsmitglieder der Kirchengemeinde bekannt gegeben worden; wogegen für die von drei zu drei Jahren durch Wahl der Kirchengemeinde erfolgende Ergänzung des Kirchenvorstandes die Verpflichtung und Einführung der Gewählten in der Kirche als Regel festzuhalten sei.

(Verordnung an die Kreisdirection zu Leipzig vom 23. Sept. 1869, den übrigen Kreisdirectionen und dem Gesammtconsistorium zu Glauchau zur Kenntnißnahme und Nachachtung abschriftlich zugefertigt.) S.

69.

Die Aufnahme von Darlehnen durch Kirchengemeinden betr.

Vom Kirchenvorstande zu Börtewitz war zu Deckung des Aufwandes für Reparatur des dortigen Kirchendaches ein Darlehn von 150 Thlrn. aufgenommen worden und hierauf die Frage entstanden, ob zu dieser Darlehnsaufnahme, wie Seiten der Inspection angenommen wurde, die Genehmigung des Ministerii erforderlich gewesen sei. Das Ministerium hat diese Frage verneint, und in der deshalb ergangenen Verordnung Folgendes bemerkt.

„§. 26. der Kirchenvorstandsordnung sub a. Absatz 2. handle lediglich von der Aufnahme von Capitalien auf den Credit der Kirche und sei für diesen Fall die Genehmigung des Cultusministerii vorbehalten, weil in der Contrahirung solcher Darlehne eine Belastung des Vermögens des Kirchenlehns, möglicher Weise auch eine Verminderung desselben liege. Im vorliegenden Falle handle es sich aber vielmehr um ein Darlehn der Kirchengemeinde, welches durch den Ertrag auszuschreibender Kirchenanlagen allmählig getilgt werden solle und bezüglich dessen Aufnahme zwar nach §. 21. Abs. 2. der Kirchenvorstands- und Synodalordnung die politischen Gemeindevertreter mit ihrer Erklärung zu hören seien, es aber im Uebrigen nach §. 22. Absatz 5. der Kirchenvorstands- und Synodalordnung selbst einer Ge-

nehmigung der Kircheninspection nur insoweit, als der Voranschlag überschritten werden sollte, bedürfe."

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection in Leipzig vom 6. Nov. 1869.) S.

70.

Die Anstellung der Todtengräber betr.

In einer zwischen dem Kirchenvorstande zu Leisnig und dem dortigen Stadtrathe wegen Besetzung des Todtengräberamtes entstandenen Differenz hat das Cultusministerium den Widerspruch des Kirchenvorstandes gegen das von dem Stadtrathe beanspruchte Recht der Besetzung der Todtengräberstelle, unter Bestätigung der diesfalls von der Kreisdirection ertheilten Entschließung zurückgewiesen und zu Rechtfertigung dieser Entscheidung Folgendes bemerkt.

„Zunächst sei davon auszugehen, daß zeither die Todtengräber nicht zu den Kirchendienern im engeren Sinne gerechnet worden seien. Denn schon die Generalartikel von 1580 schrieben unter XV. vor, daß die Todtengräber von der Obrigkeit angenommen werden sollten, und nach dem Regulative über die Grenzen zwischen geistlicher und weltlicher Gerichtsbarkeit vom 31. Mai 1782 (Cod. des Sächs. Kirchen- und Schulrechts, 2te Aufl. S. 168) hätten dieselben in Ansehung ihres Amtes das forum consistorii anzuerkennen, blieben aber im Uebrigen der weltlichen Obrigkeit unterworfen; auch sei, wie bereits die Kreisdirection hervorgehoben habe, zeither der Grundsatz befolgt worden, daß die Anstellung der Todtengräber nur in den Fällen der Kircheninspection zukomme, wo sie nicht bisher schon der Ortsobrigkeit zugestanden habe. Hiermit stimme es vollkommen überein, wenn die Kirchenvorstandsordnung bei der Zuweisung der Anstellung der niederen Kirchendiener an die Kirchenvorstände der Todtengräber nicht gedenke, und es habe deshalb bezüglich der Letzteren auch gegenwärtig bei den zeitherigen Bestimmungen zu bewenden. Daß aber in Leisnig der Todtengräber das Reinigen der Gottesackerkirche versehe, könne nicht als maßgebend angesehen werden, auch widerlege sich das Anführen des Kirchenvorstandes, daß bei Aufrechterhaltung der Observanz bezüglich der Anstellung des Todtengräbers auch das Besetzungsrecht bezüglich der Glöckner-, Kirchner- und Cymbelträgerstellen der zeitherigen Collaturbehörde zu verbleiben habe, dadurch, daß nach §. 25. der Kirchenvorstandsordnung die Anstellung der Letzteren ausdrücklich den Kirchenvorständen zugewiesen, mithin in dieser Beziehung die Rücksichtnahme auf eine Observanz aufgehoben worden sei. Ebensowenig könne man der Behauptung des Kirchenvorstandes beitreten, daß bei Feststellung der fraglichen Observanz die in die Stadt eingepfarrten Ortschaften in Gottesackerangelegenheiten ohne alle Vertretung sein würden, da das Recht, den Todtengräber anzustellen, an der bezeichneten Vertretung etwas nicht

ändere; auch werde der Kirchenvorstand an der Ausübung der in §. 21. der Kirchenvorstandsordnung geordneten Aufsichtsführung über den Gottesacker dadurch nicht behindert, daß er den Todtengräber nicht selbst anzustellen habe.

Eine Zurücksetzung im Vergleich mit anderen Kirchenvorständen endlich könne der Kirchenvorstand in der von der Kreisdirection ertheilten Entscheidung der vorliegenden Frage um deswillen nicht erblicken, weil die Kirchenvorstände nur an denjenigen Orten die Todtengräberstellen zu besetzen hätten, wo keine gegentheilige Observanz bestehe."

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection zu Leipzig vom 11. Nov. 1869.) S.

71.

Die Confirmation der niederen Kirchendiener betr.

Bei der Wiederbesetzung der Kirchnerstelle in Geyer war in Frage gekommen, ob die nach §. 25. Alin. 6. der Kirchenvorstands- und Synodalordnung vom 30. März 1868 durch die Kirchenvorstände anzustellenden niederen Kirchendiener auch fernerhin, wie dies bisher namentlich in Ansehung der Kirchner und Glöckner vorgeschrieben war (s. die Verordnung des Cultusministeriums vom 31. März 1841 im Cod. des Sächs. Kirchen- u. Schulrechts, 2te Aufl. S. 375. Note 36.), zu confirmiren und mit einer Vocation zu versehen seien?

Das Ministerium des Cultus und öffentlichen Unterrichts hat sich hierauf dahin ausgesprochen, daß künftig die Ausstellung von Vocationsurkunden an solche Kirchendiener und die Confirmation der Letzteren unbedenklich wegfallen könne, um so mehr, als die Vocation und Confirmation füglich durch einen abzuschließenden Dienstcontract und die Seiten der Kircheninspection vorzunehmende Verpflichtung der Anzustellenden ersetzt werden könne.

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection in Zwickau vom 27. Nov. 1869, den übrigen Kreisdirectionen und dem Gesammtconsistorium zu Glauchau abschriftlich zugefertigt.) S.

72.

Die Gebührenfixa der weltlichen Coinspectionsbehörden für die Beaufsichtigung und Leitung der Verwaltung des Kirchenvermögens betr.

Bei Gelegenheit der im Jahre 1869 in Oschatz abgehaltenen Diöcesanversammlung war zur Sprache gekommen, ob nicht die nach §. 2. des Gesetzes, die Erhebung von Sporteln in Kirchen- u. Schulsachen betr., vom 2. April 1844 den weltlichen Coinspectionen für die denselben obliegende Beaufsichtigung und Leitung der Verwaltung

des Kirchenvermögens und der damit in Verbindung stehenden Fonds aus letzteren zu gewährenden Gebührenfixa unter den in Folge der Kirchenvorstandsordnung eingetretenen veränderten Verhältnissen und nachdem hiernach die den weltlichen Coinspectionen in der gedachten Beziehung zufallende Arbeit eine erheblich geringere geworden, in Wegfall zu gelangen haben möchten.

Das Cultusministerium hat hiervon Veranlassung genommen, zunächst das Gutachten der Consistorialbehörden über diese Frage zu erfordern, worauf dasselbe im Einverständnisse mit dem Justizministerio Seine Entschließung dahin eröffnet hat, daß eine ausreichende Veranlassung zu einer vollständigen Beseitigung jener Vergütungen zur Zeit wenigstens nicht vorliege, da auch nach dem Erscheinen der Kirchenvorstandsordnung die obere Aufsicht und Leitung der Verwaltung der Kirchenärarien den Kircheninspectionen und insbesondere dem das directorium actorum führenden Theile derselben nach wie vor verblieben, und, wenn auch eine Erleichterung dieser Behörden in mehrfacher Beziehung eingetreten sei, doch diese Erleichterung mindestens für jetzt während der Uebergangsperiode durch die den Kircheninspectionen nach §. 22. Alin. 3—6. der Kirchenvorstandsordnung und Punkt VII. der Verordnung vom 30. März 1868 verbliebenen Obliegenheiten ausgeglichen werde, wie denn auch — abgesehen davon, daß der Grund, welcher bei Bewilligung der in Frage stehenden Vergütungen mitgewirkt, nämlich die Rücksichtnahme auf die zum Sportuliren in Kirchen- und Schulsachen berechtigten früheren Patrimonialgerichte, denen diese Befugniß damals entzogen worden, nicht allein maßgebend gewesen sei, — die Höhe der bewilligten Gebührenfixa gegenüber der fast durchgängigen Gebührenfreiheit der Verhandlungen in Kirchen- und Schulsachen kaum in Betracht kommen könne.

Wenn jedoch diese Fixa dennoch bei den vermögenderen Aerarien nicht selten etwas hoch bemessen und die den Kircheninspectionen gegenwärtig noch zugewiesenen Geschäfte, zumal nach Wegfall der früheren Concurrenz derselben bei Ausleihung von Kirchencapitalien bezüglich aller Kirchenärare gleichmäßiger geworden seien, so scheine es angemessen, bei etwaigen Anträgen der Kirchenvorstände auf Herabsetzung der bisherigen Fixa, auf eine Revision der letzteren einzugehen und dabei, unter Berücksichtigung der inzwischen bezüglich der Inspectionsgeschäfte eingetretenen Aenderungen und der zu erwartenden noch größeren Abminderung dieser Geschäfte mit möglichster Billigkeit zu verfahren, namentlich aber bei Kirchenäraren mit bedeutenderem Vermögen, bei der neuen Feststellung des Fixums nicht über $1^1/_2$ bis höchstens 2 Procent der festen Einnahme hinauszugehen.

Demgemäß sind die Consistorialbehörden sich vorkommenden Falles hiernach zu achten angewiesen worden.

(Verordnung des Cultusministeriums an sämmtliche Kreisdirectionen und an das Gesammtconsistorium zu Glauchau vom 7. December 1869.) S.

73.

Die Festsetzung der Zahl der Mitglieder der Kirchenvorstände betr.

Die in §. 3. Absatz 2. der Kirchenvorstandsordnung erwähnte Concurrenz der Vertreter der politischen Gemeinde hat nur den Uebergang zu der neuen Ordnung vermitteln sollen. Nach einmal erfolgter Einsetzung des Kirchenvorstandes steht diesem die alleinige Vertretung der Kirchengemeinde und die Bestimmung darüber zu, ob es bei der festgesetzten Zahl seiner Mitglieder bewenden, oder dieselbe vermehrt oder vermindert werden soll. Demgemäß ist ein vom Stadtrathe zu Th. eventuell gestellter Antrag auf Einberufung einer Kirchengemeindeversammlung zu gedachtem Zwecke nach Maßgabe von §. 30. der Kirchenvorstandsordnung, vom Cultusministerio für unzulässig erklärt worden, da die Einberufung einer solchen Versammlung geradezu die Umgehung der eigentlichen Vertretung der Kirchengemeinde involviren würde, und zu einer solchen nur ausnahmsweisen und unter ganz besonderen Verhältnissen zu treffenden Veranstaltung um so weniger ein Grund vorliege, als sich schwerlich behaupten lasse, daß eine Kirchengemeinde von circa 2744 Köpfen durch 6 Kirchenvorsteher nicht ausreichend vertreten werden könne.

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection in Dresden vom 9. Oct. 1869.) S.

74.

Die Monirung und Justificirung vor Einsetzung der Kirchenvorstände abgelegter noch ungeprüfter Kirch- und Stiftungsrechnungen betr.

Bei Gelegenheit einer darüber entstandenen Differenz, von wem die Monirung, bez. Justificirung der vor der Einsetzung der Kirchenvorstände zwar abgelegten, aber bis zu diesem Zeitpunkte noch nicht geprüften Kirch- und Stiftungsrechnungen zu erfolgen habe, hat das Cultusministerium in einer Verordnung an die Kreisdirection in Dresden sich dahin ausgesprochen, daß nach Erlaß der Kirchenvorstands- und Synodalordnung mit dem in §. 1. Alin. 2. des Publicationsgesetzes vom 30. März 1868 gedachten Zeitpunkte die fraglichen Geschäfte, auch insoweit sie Geschäftsrückstände betreffen, an die darnach gegenwärtig allein noch competenten Kirchenvorstände, bez. die Kircheninspectionen übergegangen seien, dergestalt, daß auch betreffs der in Frage befangenen noch nicht geprüften Rechnungen das in der Verordnung vom 30. März 1868 sub VII. No. 3. 5. u. 6. geordnete Verfahren einzutreten und demnach eine Vorprüfung der fraglichen Rechnungen Seiten des Kirchenvorstandes unter Concurrenz des

Patrons, die Justification aber Seiten der Kircheninspection, wie nach der früheren Einrichtung, zu erfolgen habe.

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection zu Dresden vom 19. Oct. 1869.) S.

75.

Die Wahl der neben dem Pfarrer dem Kirchenvorstande angehörenden Geistlichen betr.

Zwischen den Mitgliedern einer Kircheninspection war eine Meinungsverschiedenheit darüber entstanden:

ob es zulässig sei, diejenigen beiden Geistlichen, welche außer dem Pfarrer das geistliche Amt im Kirchenvorstande vertreten sollten, nicht auf die Zeit ihrer Amtirung, sondern, wie der Kirchenvorstand beschlossen hatte, gleich den übrigen weltlichen Mitgliedern des Kirchenvorstandes nur auf die Dauer von 6 Jahren, nach deren Ablauf eine Neuwahl stattfinden sollte, eintreten zu lassen?

Das Cultusministerium hat hierauf entschieden, daß der Kirchenvorstand nicht zu behindern sein werde, eine solche Bestimmung in sein Localstatut aufzunehmen.

„Denn, wie bereits in der in Feller's Commentar, 2te Aufl. S. 55. angeführten Verordnung an die Kreisdirection zu Leipzig vom 5. Dec. 1868*) ausgesprochen worden ist, haben die Ständekammern bei Aufnahme der Worte in §. 3. Absatz 1. der Kirchenvorstandsordnung: „daß in Parochien mit mehr als zwei confirmirten Geistlichen eine durch localstatutarische Bestimmung festzusetzende Anzahl derselben neben dem Pfarrer dem Kirchenvorstande angehören soll", die Absicht gehabt, es lediglich dem Kirchenvorstande zu überlassen, ob er die Wahl dieser Geistlichen sich selbst vorbehalten wolle. Da nun über die Modalität dieser Wahl keine Vorschriften ertheilt sind, so muß dem Kirchenvorstande freistehen, dieselbe ebenfalls statutarisch festzusetzen, und wenn ihm eine Wahl auf Zeit, wie im vorliegenden Falle, angemessen erscheint, so vermag man hieraus die Befürchtung von Unzuträglichkeiten nicht abzuleiten, eben so wenig aber die Ansicht als richtig anzuerkennen, daß, weil für die geistlichen Kirchenvorstandsmitglieder nicht so, wie für die weltlichen die Zeitwahl gesetzlich vorgeschrieben sei, die Wahl der ersteren stets ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit, also auf so lange, als die betreffenden Geistlichen ihre Aemter bekleiden, zu erfolgen habe."

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection in Zwickau vom 5. Februar 1870.) S.

---

*) Siehe auch Bd. 32. S. 362. dieser Zeitschrift.

76.

Die Abhaltung der Kirchenvorstandssitzungen in Filialgemeinden betr.

In Bezug auf die Abhaltung der Kirchenvorstandssitzungen in der zu Bischofswerda gehörigen Filialkirchengemeinde zu Goldbach, in welcher das Pfarramt dem jedesmaligen Pfarrer in B. übertragen, factisch aber die Besorgung aller Gottesdienste und Amtsverrichtungen, in Vertretung des Superintendenten, dem Archidiaconus zugewiesen ist, welcher auch in der Hauptsache dafür das Substantial- und Accidentaleinkommen bezieht, wogegen der Superintendent die Gebühren für Aufgebote und kirchliche Zeugnisse und überdies eine jährliche Decemrente erhält, war Differenz darüber entstanden:

1) ob der Archidiaconus oder der Superintendent in seiner Eigenschaft als Pfarrer den Vorsitz im Kirchenvorstande zu G. zu übernehmen habe,
2) ob der betreffende Vorsitzende berechtigt sei, den weltlichen Mitgliedern anzusinnen, zu Abhaltung der Vorstandssitzungen nach B. zu kommen, und
3) ob, wenn dies zu verneinen, der Vorsitzende, falls er nur zum Zwecke der Kirchenvorstandssitzungen nach dem Filialkirchdorfe sich zu begeben habe, dafür Vergütung des nothwendigen Fortkommens und welche sonstige Entschädigung beanspruchen könne.

Auf die beim Cultusministerium hierüber geschehene Anfrage ist von Demselben folgende Bescheidung ertheilt worden:

„Wenn schon der Pfarrer und Superintendent zu B. als parochus der Filialgemeinde G. zu betrachten ist, so wird doch der Absicht der Kirchenvorstandsordnung in Bezug auf die Leitung der Kirchenvorstandssitzungen jedenfalls in der Weise besser entsprochen werden, daß der Archidiaconus in B., der den Pfarrer im Filiale G. bei allen Amtshandlungen und Gottesdiensten vertritt, auch den Vorsitz im dasigen Kirchenvorstande führt. Diese Anschauung hat das Ministerium bereits in einem ähnlichen Falle in einer unter dem 2. März 1869 an die Kreisdirection zu Leipzig ergangenen, in Feller's Commentar, 2te Aufl. S. 68. abgedruckten Verordnung*) ausgesprochen.

Demnächst stimmt Man der Kreisdirection darin bei, daß die Kirchenvorstandssitzungen in Goldbach abzuhalten sind, und den weltlichen Kirchenvorstandsmitgliedern in keinem Falle angesonnen werden kann, zu diesem Zwecke nach B. zu kommen. Sollte aber der Archidiaconus wegen Dringlichkeit und Wichtigkeit einer Sache wirklich einmal nicht in der Lage sein, die betreffende Sitzung bei Gelegenheit einer anderen Amtsverrichtung in G. abzuhalten, oder deren Leitung seinem Stellvertreter im Vorsitze zu überlassen, so würde sich die Kirchengemeinde nicht entbrechen können, dem geistlichen

*) Siehe auch Bd. 32. S. 370. dieser Zeitschrift.

Vorsitzenden den ihm wirklich entstehenden Aufwand für Fortkommen, Chausseegeld, Zehrung und Trinkgeld des Kutschers aus dem Aerar zu ersetzen, wogegen eine weitere Entschädigung für Zeitverlust ꝛc. von demselben nicht verlangt werden kann."

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection zu Bautzen vom 9. Febr. 1870.) S.

77.

Zur Erläuterung von §. 20. Alin. 2. der Kirchenvorstandsordnung.

„Dem Ministerium des Cultus und öffentlichen Unterrichts hat vorgelegen, was die Kreisdirection zu Zwickau in Betreff der vom Pfarrer K. in Kl. bei Gelegenheit der Abänderung des Regulativs über die Geschäftsvertheilung zwischen dem Pfarrer und dem Hülfsgeistlichen daselbst Bl. — und bei dem Ministerio unmittelbar eingereichten Vorstellungen angezeigt hat.

Was nun die Bl. — getroffene Anordnung der Vorlegung des Entwurfs des fraglichen Regulativs an den Kirchenvorstand anlangt, so erscheint dieselbe vollkommen sachgemäß und begründet, da es sich nicht darum handelte, den Kirchenvorstand zur selbstständigen Entschließung über die Amtsthätigkeit der Geistlichen innerhalb der feststehenden Geschäftsordnung zu veranlassen, vielmehr denselben nur über eine veränderte Einrichtung zu hören, an welcher die ganze Kirchengemeinde ein entschiedenes Interesse hatte, und wobei der Kirchenvorstand nach §. 18. unter 6. der Kirchenvorstandsordnung unzweifelhaft zur Mitwirkung berufen war. Durch die letztere wird aber die in §. 20. Alin. 2. erwähnte Unabhängigkeit der Geistlichen insofern gar nicht berührt, als diese Bestimmung sich nicht auf Abänderungen der vorliegenden Art, sondern auf die Amtsthätigkeit der Geistlichen innerhalb der entweder nach allgemeinen kirchenrechtlichen Grundsätzen oder besonderen localen Bestimmungen feststehenden Geschäftsordnung bezieht.

Die Kreisdirection wolle den Pfarrer K. dem Vorstehenden gemäß bescheiden und das in der Sache sonst Erforderliche verfügen."

(Verordnung des Cultusministeriums an die Kreisdirection in Zwickau vom 22. Febr. 1870.) S.

78.

Die Ausschreibung von Gastpredigten durch die Kirchenvorstände betr.

Bei der neuerlichen Erledigung des Diaconats zu Döbeln hatte der Kirchenvorstand daselbst vor Abgabe der in Gemäßheit von §. 25. der Kirchenvorstands- und Synodalordnung erforderten Erklärung desselben in Betreff der Wiederbesetzung dieser Stelle, einige der an-

gemeldeten Bewerber, um sich von deren Qualification auf dem kürzesten Wege nähere Kenntniß zu verschaffen, zu Gastpredigten eingeladen, ohne der Superintendentur davon Mittheilung zu machen und diese um Erlaß dieser Einladung anzugehen. Dieses Verfahren ist jedoch vom Cultusministerio nicht gebilligt und der Superintendentur zu Waldheim in dieser Beziehung Folgendes eröffnet worden:

„Zwar sei der Superintendentur darin beizupflichten, daß die in §. 7. des Revidirten Synodaldecrets vom 15. Sept. 1673, verb. mit Resol. grav. vom 23. April 1612 „zum Fünften" und Synodaldecret vom 6. August 1624 §§. 7. und 8. enthaltene Bestimmung: „daß Niemand zu Probepredigten u. s. w. ohne Vorwissen des Superintendens zuzulassen sei", bezüglich der vorliegenden Frage nicht maßgebend sei. Da aber nach den zeither gleichmäßig befolgten kirchenrechtlichen Grundsätzen nur den Collatoren die Befugniß zustehe, Gastpredigten auszuschreiben, so könnten die Kirchenvorstände nicht für berechtigt angesehen werden, selbstständig Geistliche zu Abhaltung von Gastpredigten aufzufordern. Vielmehr hätten sich die Kirchenvorstände in Parochien Königl. Collatur, wenn ihnen an der Einladung gewisser Gastprediger gelegen sei, mit ihren diesfallsigen Wünschen lediglich an den Superintendenten zu wenden."

(Verordnung des Cultusministeriums an die Superintendentur zu Waldheim vom 26. Febr. 1870.) S.

79.

Die Wahl der Wahlmänner zur Wahl der Abgeordneten zur Synode betr.

Von den beiden Kirchenvorständen der Filialorte Geyersdorf und Kleinrückerswalde war bei der dasigen Kircheninspection der Antrag gestellt worden, für Sicherstellung ihres Wahlrechts im Betreff der Ernennung von Wahlmännern zu der bevorstehenden Synodalwahl Sorge zu tragen.

Der Geistliche dieser beiden Filiale ist der Hospitalprediger zu Annaberg, der daselbst ein ständiges geistliches Amt bekleidet und Mitglied des dasigen geistlichen Ministeriums, übrigens aber Vorsitzender der beiden Kirchenvorstände in genannten Filialorten ist.

Da nun der Kirchenvorstand zu Annaberg unter Beitritt der dasigen Kircheninspection darauf bestand, vier weltliche Mitglieder zur Wahlversammlung zu senden, weil in dieser Parochie, mit Einschluß des Hospitalpredigers, vier confirmirte Geistliche angestellt seien, so fürchteten die Filialgemeinden, daß man Seiten der Kirchengemeinde zu Annaberg ihnen, in Bezug auf die Wahlmännerwahl, ihren Geistlichen entziehen und sie von aller Vertretung dabei ausschließen werde.

Nachdem daher auf den von der Kircheninspection der Filialorte erstatteten Bericht diese Differenz dem Cultusministerium zur Ent-

ſchließung vorgelegt worden, hat dieſes an die Kreisdirection zu Zwickau Folgendes verordnet:

„Zunächſt werde genau zu conſtatiren ſein, ob das Hospitalpfarramt zu A. von der Stadtparochie vollſtändig getrennt ſei. Denn wäre dieſe Frage zu bejahen, ſo würde der Hospitalprediger zu den bei der Hauptkirche angeſtellten confirmirten Geiſtlichen nicht gehören, ſonach aber der Kirchenvorſtand der Stadtparochie A. nach §. 38. der Kirchenvorſtandsordnung Abſatz 2. nur drei weltliche Mitglieder in die Wahlverſammlung zu ſenden haben, und hierdurch die vorliegende Frage ſich von ſelbſt erledigen.

Sei dagegen der Hospitalprediger zu den confirmirten Geiſtlichen der Stadtparochie zu rechnen, ſo bleibe nur übrig, die Wahl der Wahlmänner zur Synodalwahl als eine gemeinſchaftliche Angelegenheit der Mutterkirche und der Filialgemeinden zu behandeln und nach §. 6. in fine der Kirchenvorſtands- und Synodalordnung die fraglichen Wahlmännerwahlen von den Kirchenvorſtänden der Muttergemeinde A. und der Filialgemeinden Kl. und G. gemeinſchaftlich vornehmen zu laſſen, zumal in dem von der Regierung den Ständen vorgelegten Entwurfe der Kirchenvorſtands- und Synodalordnung derſelbe Grundſatz für Fälle der vorliegenden Art proponirt geweſen ſei — Haberkorn, Kirchenvorſtands- und Synodalordnung, S. 104 — und das in Abſatz 2. des §. 38. der Kirchenvorſtandsordnung enthaltene Princip, daß der Wahlkörper aus einer gleichen Anzahl geiſtlicher und weltlicher Wahlmänner beſtehen, alſo paritätiſch zuſammengeſetzt ſein ſolle, aufrecht erhalten werden müſſe.“

(Verordnung des Cultusminiſteriums an die Kreisdirection in Zwickau vom 15. März 1870.) S.

III.

Gutachten über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten für den Norddeutſchen Bund, im Auftrage der ſtändigen Deputation des Deutſchen Juriſtentages für den Deutſchen Juriſtentag erſtattet

von Herrn Hofrath und Profeſſor Dr. Robert **Oſterloh** in Leipzig.

Vorwort.

Als ich im Jahre 1865 unter dem Titel: „Die Reform der Civilproceßgeſetzgebung in Sachſen und in Deutſchland“ [1]), eine Kritik der damals veröffentlichten Entwürfe einer Sächſiſchen und einer in Hannover berathenen für die deutſchen Bundesſtaaten beſtimmten Civilproceßordnung erſcheinen ließ, war über die Grundprincipien, auf welche das Civilproceßrecht geſtützt ſein müſſe, noch wenig Uebereinſtimmung erzielt. Vielmehr gingen die Anſichten hierüber noch weit auseinander, indem dem Eindringen fremder, namentlich franzöſiſcher Anſchauungen von einer ſehr großen Anzahl, ja wohl von der Mehrzahl der deutſchen Juriſten, zumal der Practiker, ein ſehr energiſcher Widerſtand ent-

1) Leipzig 1865, auch in der Zeitſchrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 26. S. 289 ff.

gegengesetzt und das Festhalten an den Grundprincipien des gemeinen deutschen Proceßrechts warm empfohlen wurde. Ihren Grund hatte diese Abneigung gegen das Aufgeben der letzteren nicht etwa blos in einer gedankenlosen Ueberschätzung der durch langjährigen Gebrauch lieb gewordenen Proceßinstitutionen, deren Mängel trotz aller particulären Verbesserungsversuche ziemlich allgemein gefühlt wurden, sondern weit mehr in der irrigen Meinung, daß diesen Mängeln durch zweckmäßigere Regulirung des Proceßganges, also der äußeren Formen der Procedur, auf der bisherigen Basis abgeholfen werden könne, ganz vorzugsweise aber in der Unbekanntschaft mit den in anderen Ländern, wo man diese Basis längst aufgegeben hatte, gemachten Erfahrungen und vielleicht auch hier und da in der Ueberhebung, mit welcher die Juristen einzelner deutscher Länder auf alles Dasjenige herabsahen, was außerhalb der Grenzen ihres engeren Vaterlandes auf dem Gebiete der Proceßgesetzgebung geschaffen worden war. Das Vorgehen der damals in Hannover tagenden Civilproceßcommission, von welcher die in mehrfacher Beziehung eine Vermittelung des gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit dem französisch-rheinischen anstrebende Hannöversche Proceßordnung bereits überholt worden war, und die gleichzeitige Veröffentlichung mehrer particulärer Civilproceßgesetzentwürfe, welche in der Hauptsache den nämlichen Weg gegangen waren, ganz besonders aber der durch den deutschen Juristentag vermittelte lebhaftere und unmittelbare Ideenaustausch waren es, welche zu allgemeinerer Verbreitung geläuterter Ansichten beitrugen und die große Masse der deutschen Juristen nach und nach für diese Ansichten empfänglicher machten.

Wenn es demnach im Jahre 1865 zunächst galt, für die Einführung der gegenwärtig ziemlich allgemein empfohlenen großen Grundsätze des Civilproceßrechts einzutreten, und die damals noch vielfach verbreitete irrige Meinung zu widerlegen, daß mit diesen Grundsätzen eine gründliche Erörterung des streitigen Rechtsverhältnisses unvereinbar sei, kann sich gegenwärtig, wo sich für Beibehaltung der Grundgedanken des gemeinen deutschen Proceßrechts gar keine, und für Einführung des französisch-rheinischen oder altpreußischen Verfahrens nur noch sehr vereinzelte Stimmen erheben, derjenige, welcher den von der Norddeutschen Civilproceßcommission ausgearbeiteten Entwurf kritisch beleuchten will, wenigstens in der Hauptsache, auf Besprechung der Frage beschränken,

ob der specielle Ausbau der demselben zu Grunde gelegten neuen Principien dem Bedürfnisse der Jetztzeit entspreche, ob also bei Durchführung dieser Principien überall das rechte Maß getroffen worden sei.

Dabei besteht die Aufgabe einer solchen Kritik selbstverständlich nicht darin, jede einzelne im Entwurfe vorgeschlagene Bestimmung und die etwa dagegen von anderer Seite her erhobenen Bedenken zu besprechen. Vielmehr wird es, wenn die Arbeit nicht einen ganz unverhältnißmäßigen Umfang erhalten soll, zumal jetzt, wo der Entwurf nur in erster Lesung vorliegt, vollkommen genügen, solche Bestimmungen hervorzuheben, welche auf die Gestaltung der Procedur einen maßgebenden Einfluß auszuüben geeignet sind, und solche Bedenken zu widerlegen, deren Gewicht die Ablehnung des Entwurfes überhaupt rathsam erscheinen lassen könnte.

Am allerwenigsten würde eine so eingehende Besprechung dem Bedürfnisse des deutschen Juristentages entsprechen, dessen ständige Deputation mich zur Ausarbeitung des vorliegenden Gutachtens veranlaßt hat, da es sich für diesen nur darum handeln kann, ausreichendes Material zur Beschlußfassung über die Frage zu erlangen, ob der Entwurf in seinen Grundgedanken mit den Anschauungen der Jetztzeit übereinstimme, also den maßgebenden Bundesorganen, wenn schon vielleicht mit einzelnen erheblichen Modificationen, zur Annahme zu empfehlen, oder überhaupt abzulehnen sei. Daß zu einem Antrage auf Ablehnung des Entwurfes kein irgendwie stichhaltiger Grund vorhanden ist, daß derselbe vielmehr, trotz der Bedenklichkeit einzelner Bestimmungen, den Anforderungen an eine gute Civilproceßordnung im Allgemeinen entspricht, hoffe ich im Nachstehenden überzeugend dargelegt zu haben.

Wenn ich nichtsdestoweniger hier und da gelegentlich einzelne Mängel berührt habe, denen vom Standpunkte des Juristentages aus eine erheblichere Bedeutung nicht beizumessen sein wird, so mag dies seine Entschuldigung darin finden, daß ich auf solche Mängel, sobald sich dazu im Zusammenhange mit wichtigeren Ausstellungen wirklich Gelegenheit darbot, wenigstens nebenher aufmerksam machen zu müssen glaubte, um die Mitglieder der Commission zu nochmaliger Revision der einschlagenden Bestimmungen bei der zweiten Lesung zu veranlassen.

§. 1.
Allgemeine Bemerkungen.

Im Allgemeinen wird man dem Entwurfe die Anerkennung nicht verſagen dürfen, daß aus demſelben überall das Streben hervorblickt, nicht nur den Anforderungen der Wiſſenſchaft an eine gute Civilproceßgeſetzgebung Rechnung zu tragen, ſondern auch die auf dieſem Gebiete in einzelnen Ländern gemachten practiſchen Erfahrungen möglichſt zu benutzen. Die Redaction iſt eine klare und einfache, jeden Zweifel über die Bedeutung der einzelnen Sätze durch conſequentes Feſthalten an den einmal gewählten Ausdrücken möglichſt ausſchließende, und die Terminologie, obſchon frei von jedem übermäßigen Purismus und ohne die einmal eingebürgerte, auch dem Laien geläufige fremde Technik völlig aufzugeben, eine vorherrſchend deutſche. Was in dieſer Beziehung etwa ausgeſetzt werden könnte, iſt von ganz untergeordneter Bedeutung[2]).

Auch die Anordnung iſt wenigſtens in der Hauptſache eine zweckmäßige. Nur das läßt ſich vielleicht an derſelben ausſetzen, daß bei der Abtrennung der im erſten Buche zuſammengeſtellten allgemeinen Beſtimmungen von den in den ſpäteren Büchern enthaltenen beſonderen das practiſche Bedürfniß nicht immer hinreichende Berückſichtigung gefunden hat. Wohl wird es ſich in jedem Proceßgeſetzbuche empfehlen, diejenigen Vorſchriften voranzuſtellen, welche auf den Gang der Procedur einen allgemeinen maßgebenden Einfluß ausüben. Allein eine eigentlich ſyſtematiſche Gliederung der Lehre iſt mehr Aufgabe der Wiſſenſchaft, als der Geſetzgebung. Im Geſetze empfiehlt ſich die Zuſammenſtellung alles deſſen, was bei der practiſchen Anwendung gleichzeitig und zuſammen gebraucht wird, um denjenigen, welcher das Geſetz anwendet, der Nothwendigkeit zu entheben, die einſchlagenden Beſtimmungen an verſchiedenen Orten mühſam zuſammenzuſuchen. Im Allgemeinen iſt auch die Commiſſion von dieſem Geſichtspunkte

---

2) Namentlich würde ich den für den Laien wenig verſtändlichen Ausdruck: „Prorogation“ im 6. Titel mit dem dafür ziemlich gebräuchlichen Ausdrucke: „Erſtreckung“ vertauſchen, und dem in §. 113. gebrauchten Ausdrucke: „Benennung des Autors“, den ich für keinen glücklich gewählten halte, den Ausdruck: „Benennung des Urhebers“ vorziehen. Vergl. auch Philippi, über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten für den Norddeutſchen Bund, Elberfeld 1869, S. 15.

ausgegangen. Consequent ist aber derselbe nicht durchgeführt. Namentlich ist das Verständniß der die Klage betreffenden Vorschriften dadurch nicht wenig erschwert, daß diese Vorschriften in ähnlicher Weise, wie in der Bayerischen Proceßordnung und im Preußischen und Sächsischen Entwurfe in verschiedenen Abschnitten, und zwar theils im 26., theils im 15. und bez. 14. Titel vereinzelt sich finden. Die Commission ist hierüber von dem, hochtheoretisch gewiß richtigen Gedanken geleitet worden, daß die im 15. Titel enthaltenen, den Inhalt der Klage, die Wirkungen der Klagerhebung und die Zulässigkeit der Klagänderung, bez. die Widerklage betreffenden Bestimmungen im Wesentlichen dem sogenannten materiellen Proceßrechte angehören und daher von den im 26. Titel aufgenommenen, die Form der Klagerhebung im ordentlichen Verfahren vor den Landgerichten betreffenden Vorschriften auch äußerlich zu trennen seien. Allein dem practischen Bedürfnisse entspricht diese Trennung nicht. Vielmehr verdient es gewiß den Vorzug, wenn sowohl die Hannöversche Proceßordnung, als der Hannöversche Entwurf diese dem materiellen Proceßrechte angehörenden Bestimmungen nicht im allgemeinen Theile in einem besonderen Abschnitte vorausschicken, sondern im besonderen Theile mit den auf die Form der Klagerhebung bezüglichen Bestimmungen zusammenstellen, und sich im allgemeinen Theile nur darauf beschränken, die nicht blos von der Klage, sondern von dem Parteivorbringen überhaupt geltenden allgemeinen Vorschriften aufzunehmen. Eine solche Zusammenstellung aller auf die Klage bezüglichen Vorschriften wäre um so unbedenklicher gewesen, als die Klage die unabänderliche Grundlage des Processes bilden soll und ihre ganz besondere, über die Bedeutung jedes anderen Parteivorbringens hinausragende Bedeutung hat, und es daher hier einer ängstlichen Ausscheidung der darauf bezüglichen, dem materiellen Proceßrechte angehörenden Bestimmungen aus dem besonderen Theile am wenigsten bedurft hätte. Am allerwenigsten wird man es zweckmäßig finden können, wenn die die Zulässigkeit der Klagenhäufung betreffenden Bestimmungen, obwohl solche dem materiellen Proceßrechte nicht einmal angehören, schon im allgemeinen Theile, und zwar die auf die objective Klagenhäufung bezüglichen in §. 182. Aufnahme gefunden haben, während die damit im engsten Zusammenhange stehende Frage, ob subjective Klagenhäufung gestattet sei, ohne nähere Angabe der unentbehr-

lichen Beschränkungen derselben in §. 83. entschieden ist, das Recht des Gerichts aber, die getrennte Verhandlung mehrer in einer Klage erhobener Ansprüche und die Verbindung mehrer bei ihm anhängiger Processe zum Zwecke der gemeinschaftlichen Verhandlung und Entscheidung anzuordnen, in §§. 300. und 302. erwähnt wird.

Zur Characterisirung des Inhalts des Entwurfes mag schon hier bemerkt werden, daß sich zwar die Commission im Allgemeinen an den Hannöverschen Entwurf angeschlossen, jedoch nicht nur den davon zum Theil sehr abweichenden Anschauungen, auf denen der Preußische Entwurf beruht, vielfach einen modificirenden Einfluß eingeräumt, sondern auch hier und da einen selbständigen völlig neuen Weg eingeschlagen hat. Extreme Richtungen sind in den meisten Fällen glücklich vermieden worden, indem die Mehrheit der Commissionsmitglieder den damit erfahrungsmäßig verbundenen Nachtheilen durch zweckmäßige Beschränkungen vorzubeugen gewußt hat. Ueberhaupt halte ich den von anderer Seite her erhobenen Einwand, daß das Resultat, zu welchem die Commission, und zwar meist nur durch Mehrheitsbeschlüsse gelangt ist, auf ein principloses Compromiß ihrer Mitglieder unter sich hinauslaufe, in keiner Weise für gerechtfertigt. Vielmehr ergiebt sich aus dem Entwurfe und noch mehr aus den Protocollen zur Genüge, daß die Mehrheit der Commissionsmitglieder zwar an den Anschauungen der Hannöverschen Commission in der Hauptsache festgehalten, sich aber den vielfach gestellten Anträgen auf Modificirung der Vorschläge dieser Commission keinesweges ganz verschlossen, und solche Anträge nach reiflicher Erwägung häufig berücksichtigt hat.

§. 2.
Gerichtsverfassung.

Die in den Vorbemerkungen zum Entwurfe vorausgesetzte einheitliche Regelung der Gerichtsverfassung in den Bundesstaaten ist selbstverständliche Voraussetzung der Einführung einer einheitlichen Procedur, und wird durch ein besonderes Bundesgesetz erfolgen. Was die Vorbemerkungen hierüber enthalten, darf in der That als unerläßlich bezeichnet werden. Namentlich gilt dies von der Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des privilegirten Gerichtsstandes, dessen landesgesetzlicher Fortbestand nach §. 66.

des Entwurfes nur für die Mitglieder der regierenden Familien gestattet bleiben soll, während ein Bedürfniß, denselben auch für die Mitglieder anderer ehemals reichsunmittelbarer Familien fortbestehen zu lassen, schwerlich vorhanden war. Auch dagegen, daß neben der Beseitigung der in den einzelnen Bundesländern bisher bestandenen fora specialia causae und dem, vorbehältlich besonderer bundesgesetzlicher Bestimmungen, ausgesprochenen Verbote der Neuerrichtung solcher Gerichtsstände, die landesgesetzliche Aufrechterhaltung der auf Staatsverträgen beruhenden Schiffahrtsgerichte, sowie der Agrar- und Ablösungsgerichte gestattet bleibt, und daß Ehesachen und Entmündungssachen den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind, wird sich nichts einwenden lassen. Ebenso zweckmäßig ist dasjenige, was der Entwurf selbst, wenn auch nur in allgemeinen Umrissen, über die Organisation der Gerichte enthält, und nur etwa zur Erwägung anheimzugeben, ob die Bezeichnung der Gerichte erster Instanz als Landgerichte und Amtsgerichte angemessen sei, und ob nicht vielmehr der ohnehin ausdrücklich nachgelassenen Bezeichnung der Ersteren als Bezirksgerichte oder Kreisgerichte und der Bezeichnung der Letzteren als Gerichtsämter der Vorzug zu geben sein dürfte, wie sich denn auch die für die Gerichte zweiter Instanz vorgeschlagene, im Königreiche Preußen seit längerer Zeit aufgegebene Bezeichnung als Ober-Landesgerichte nur dann empfehlen würde, wenn ein gemeinschaftlicher höchster Bundesgerichtshof vorhanden wäre. Wenn sich weiter die Commission neuerdings in einer Anmerkung zu den Vorbemerkungen S. VI. dahin ausgesprochen hat, daß sie die Errichtung Eines solchen obersten Bundesgerichtshofes im Interesse der einheitlichen Anwendung und Entwickelung des Rechts für erforderlich erachte, so wird sich dagegen aus den nämlichen Gründen, aus denen bereits die Errichtung eines gemeinschaftlichen Bundes-Oberhandelsgerichts beschlossen worden ist, an und für sich nichts einwenden lassen. Indessen steht der Realisirung dieses Wunsches die Mannigfaltigkeit der Gesetzgebungen der verschiedenen Bundesstaaten auf dem Gebiete des Privatrechts im Wege, in welches einzugreifen der Bundesgewalt nach den Bestimmungen der Bundesverfassung nur in begrenzter Weise das Recht zusteht. Zwar hat man sich zur Beseitigung dieses Bedenkens S. 1673 der Protocolle darauf beziehen zu dürfen geglaubt, daß durch Einräumung eines Präsentationsrechts an die

einzelnen Bundesstaaten die Berufung von, mit den Landesgesetzen dieser Staaten vertrauten Mitgliedern gesichert werden könne. Allein eine vollständige Sicherung der Betheiligten gegen schiefe Anwendung der einschlagenden particularrechtlichen Vorschriften durch mit denselben nicht vertraute Mitglieder würde auf diesem Wege nur dann erreicht werden können, wenn der Bundesgerichtshof aus einzelnen, je nach den Staaten, welchen die Mitglieder angehören, völlig von einander getrennten selbständigen Senaten zusammengesetzt, also die einheitliche Behandlung der Sachen nicht in der Wirklichkeit, sondern nur scheinbar hergestellt würde, dabei aber wenigstens insoweit, als es sich nicht um proceßrechtliche, sondern um privatrechtliche Fragen handelt, die Ausübung der justizhoheitlichen Befugnisse in der Hand der einzelnen Bundesregierungen verbliebe, was nach meinem Dafürhalten zu sehr erheblichen Inconvenienzen und Conflicten Veranlassung geben müßte, und schwerlich geeignet sein dürfte, in den zum Norddeutschen Bunde nicht gehörigen deutschen Staaten die Neigung zum Anschlusse an die Justizverfassung des Bundes hervorzurufen. Ueberhaupt handelt es sich hierbei um eine nicht zur Aufgabe der Proceßcommission gehörige, sondern von den politischen Factoren des Norddeutschen Bundes zu entscheidende Frage, und ist daher der von der Mehrheit der Commissionsmitglieder gefaßte Beschluß zwar insoweit, als darin der Ausdruck der Ueberzeugung zu finden ist, daß die Errichtung Eines obersten Bundesgerichtshofes zu Herstellung einer einheitlichen Proceßrechtspflege an sich wünschenswerth sei, völlig unverfänglich, insoweit aber, als darin ein Antrag auf sofortige Errichtung eines solchen Gerichtshofes gefunden werden könnte, so lange, als es an einem gemeinschaftlichen bürgerlichen Gesetzbuche fehlt, schwerlich zu rechtfertigen, vielmehr für die Privatrechte der Angehörigen der einzelnen Bundesstaaten geradezu gefährlich und die Realisirung dieses Wunsches im Interesse des Rechtszustandes dringend zu widerrathen. Dem freilich unverkennbaren Uebelstande, daß einzelne Bestimmungen der Proceßordnung bei den obersten Gerichtshöfen der einzelnen Bundesstaaten verschiedener Auslegung unterliegen könnten, wird man, zumal bei der Veröffentlichung der Entscheidungen dieser Gerichtshöfe in zahlreichen juristischen Zeitschriften, durch von Zeit zu Zeit vorgenommene Revisionen der Proceßgesetzgebung des Bundes abzuhelfen suchen müssen.

Die in den Vorbemerkungen zur Zeit noch offen gelassene, dem die Gerichtsorganisation betreffenden Bundesgesetze zu überlassen gewesene Frage, ob das in handelsrechtlichen Streitigkeiten in zweiter Instanz erkennende Obergericht zum Theil mit kaufmännischen Richtern zu besetzen sei, wird nach meinem Dafürhalten zu bejahen sein, da die gänzliche Ausschließung des kaufmännischen Elements in der Oberinstanz, wenn man einmal ein Bedürfniß zur Besetzung der Gerichte in handelsrechtlichen Streitigkeiten mit kaufmännischen Richtern anerkennt[3]), mit dem Principe, daß die höhere Instanz größere Garantien der Richtigkeit ihrer Entscheidungen darbieten müsse, als die erste, offenbar im Widerspruche steht, und am allerwenigsten dann gerechtfertigt erscheint, wenn das Vorbringen neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel in der höheren Instanz gestattet ist (§. 762.), wobei dahingestellt bleiben kann, ob es nicht vielleicht für die zweite Instanz ausreichen würde, den Gerichtshof mit drei juristischen und zwei kaufmännischen Richtern zu besetzen, also dem juristischen Elemente in dieser Instanz überwiegende Geltung einzuräumen. Dagegen halte ich die theilweise Besetzung des höchsten Gerichtshofes mit kaufmännischen Richtern aus dem Grunde für entbehrlich, weil es sich bei diesem Gerichte nach §. 808. des Entwurfes lediglich um die Frage handelt, ob die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, diese Frage aber eine rein juristische ist, zu deren Beurtheilung es keiner kaufmännischen Fachkenntnisse bedarf. Die Gründe, aus denen man bisher von der Besetzung der höheren Instanzgerichte mit kaufmännischen Richtern meist absehen zu müssen geglaubt hat, sind lediglich practische gewesen, jedoch nach meiner Ansicht wenig durchschlagende. An geeigneten Persönlichkeiten, um die kaufmännischen Richterstellen in den Obergerichten zu besetzen, wird es, da diese nur in größeren Städten ihren Sitz haben werden, nicht leicht und um so weniger fehlen, als die von der Commission weiter offen gelassene Frage, ob den Amtsgerich-

3) Vergl. hierüber Hagen, über die Grundprincipien des Entwurfes einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, Bonn 1869. S. 35. Gad, zur Verständigung über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, Berlin 1870. S. 52 f. und dagegen Philippi, über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, Elberfeld 1869. S. 14.

ten in handelsrechtlichen Streitigkeiten die Handelsgerichte als zweite Instanz vorzuordnen seien, nach meiner Ueberzeugung ebenfalls im bejahenden Sinne entschieden werden muß, mithin die Zahl derjenigen Handelssachen, in denen die Obergerichte zu entscheiden haben, eine verhältnißmäßig nur geringe sein wird. Gewiß ist es ein richtiges Princip, wenn man die Obergerichte von allzugroßer Ueberlastung mit Arbeiten möglichst freizuhalten sucht. Auch bedarf es zur Entscheidung der, der amtsgerichtlichen Cognition vorbehaltenen Sachen eines so großen und kostspieligen Apparats, wie solcher bei den Obergerichten vorhanden ist, offenbar nicht. Hat man daher mit Recht kein Bedenken getragen, die Amtsgerichte in anderen als handelsrechtlichen Streitigkeiten den Landgerichten unterzuordnen, so läßt sich schwerlich ein Grund auffinden, die handelsrechtlichen Streitigkeiten in zweiter Instanz, statt an die Handelsgerichte, an die Obergerichte zu verweisen. Freilich wird dadurch die Thätigkeit der bei den Handelsgerichten angestellten kaufmännischen Richter gesteigert. Indeß werden sich bei der Popularität der, lediglich im Interesse des Handelsstandes getroffenen Einrichtung sicher überall Kaufleute finden, welche sich den mit der Uebernahme einer Richterstelle im Handelsgerichte verbundenen Mühwaltungen, obschon dafür keine Vergütung gewährt wird, zu unterziehen gern bereit sind.

§. 3.
Zuständigkeit der Landgerichte, der Amtsgerichte und der Handelsgerichte.

Bei der Abgrenzung der Zuständigkeit der mit Einzelrichtern besetzten Amtsgerichte von den collegialisch organisirten Land- und Handelsgerichten ist die Commission im Allgemeinen von dem richtigen Gesichtspunkte ausgegangen, wenn sie den Einzelgerichten, welche für die Gründlichkeit der Erörterung und für die Richtigkeit der Entscheidung geringere Garantien darbieten, als Collegialgerichte, in §. 3. des Entwurfes nur geringfügige und gewisse besonders dringliche vermögensrechtliche Rechtsstreitigkeiten zuweist, die Zuständigkeit der Collegialgerichte also zur Regel macht. Auch dagegen wird sich nichts einwenden lassen, daß nach §. 9. die in §§. 7. u. 8. in Verbindung mit §§. 645. und 646. zweckmäßig geregelte Competenz der Handelsgerichte in allen nach §. 3. ihrer Geringfügigkeit wegen vor die Amtsgerichte gehörigen Rechts-

streitigkeiten auch dann ausgeschlossen ist, wenn dieselben im Sinne der §§. 7. und 8. handelsrechtliche sind. Zwar liegt an sich der Wunsch nahe, daß auch in geringfügigen Handelssachen das kaufmännische Element überwiegend zur Geltung gelange, und hat man[4]) der Commission daraus, daß sie die Competenz der Handelsgerichte auf größere Sachen beschränkt hat, in der That einen Vorwurf machen wollen. Allein dem steht einestheils entgegen, daß der Ueberlastung der Handelsgerichte nach dem oben §. 2. Bemerkten im Interesse der kaufmännischen Richter möglichst vorgebeugt werden muß, anderentheils aber auch, daß für die Parteien aus der Entfernung des Orts, an welchem das Handelsgericht seinen Sitz hat, leicht eine mit der Geringfügigkeit des Gegenstandes, um welchen es sich handelt, in keinem Verhältnisse stehende Belästigung entstehen würde. Dieser letztere Grund ist es auch, welcher dem Eingehen auf den Vorschlag im Wege steht, solche geringfügige Handelssachen dem juristischen Vorsitzenden im Handelsgerichte zur einzelrichterlichen Behandlung zuzuweisen.

An der in §. 3. Ziff. II. des Entwurfes ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes erfolgten Verweisung der Rechtsstreitigkeiten zwischen Miether und Vermiether wegen Ueberlassung oder Räumung eines vermietheten Locals, sowie der Rechtsstreitigkeiten aus einer außerehelichen Schwängerung vor die Amtsgerichte ist aus dem Grunde nichts auszusetzen, weil diese Sachen nicht nur meist einfache, sondern auch besonders dringliche sind. Dagegen ist eine solche Dringlichkeit bei den hierher ebenfalls gerechneten Streitigkeiten aus einem Viehhandel nicht immer, sondern nur dann vorhanden, wenn das Vieh, um welches es sich handelt, auf Kosten des unterliegenden Theils gefüttert werden muß, und halte ich es daher für ziemlich bedenklich, diesen ohnehin häufig ziemlich verwickelten Sachen bei der Wichtigkeit, welche dieselben für die Betheiligten haben können, auch in solchen Fällen, wo der gedachte Dringlichkeitsgrund nicht vorhanden ist, die größeren Garantien der Gründlichkeit der Erörterung, welche in der collegialen Behandlung der Streitsache zu finden sind und nach dem Entwurfe nur durch Prorogation zu erlangen sein würden, durch Verwei-

4) Werenberg, Erörterungen über den Entwurf einer Civilproceßordnung für den Norddeutschen Bund, Berlin 1869. S. 6. Philippi a. a. O. S. 14.

sung der Sache vor die Amtsgerichte ein- für allemal zu entziehen [5]).

Anderseits läßt sich nicht in Abrede stellen, daß es außer den gedachten, in §. 3. Ziff. II. aufgeführten Rechtssachen, auch abgesehen von den im Entwurfe selbst vor die Amtsgerichte gewiesenen Gesuchen um Erlassung eines Zahlungsbefehls (§. 723.) und von den dort wenigstens zugelassenen Gesuchen um Arrest (§. 678.) und um einstweilige Anordnungen (§. 709.), noch andere giebt, welche nicht nur in einzelnen Fällen, auf welche selbstverständlich bei Bestimmung der Competenz keine Rücksicht genommen werden kann, sondern sogar in der Regel besonderer Beschleunigung bedürfen. Namentlich könnte man geneigt sein, Streitigkeiten zwischen Herrschaft und Gesinde und Wechselsachen hierher zu ziehen. Wie es aber überhaupt wünschenswerth erscheinen muß, den Bereich der Zuständigkeit der Amtsgerichte, zumal wenn das Verfahren vor diesen nicht besser geregelt wird, als dies im Entwurfe geschehen ist (vergl. unter §. 23.), auf solche Streitigkeiten zu beschränken, in welchen dafür ein absolutes Bedürfniß nachweisbar ist, so halte ich auch eine Erörterung der Competenz dieser Amtsgerichte auf Streitigkeiten zwischen Herrschaft und Gesinde schon deshalb, weil diese Streitigkeiten ohnehin fast immer zu den geringfügigen gehören werden, und die Verweisung größerer Wechselsachen vor dieselben aus dem Grunde für unnöthig, weil mit der Aufhebung der Schuldhaft durch das Bundesgesetz vom 29. Mai 1868 wenigstens zum Theil die Gründe weggefallen sind, aus welchen früher die möglichste Erleichterung der Erhebung der Wechselklage angemessen erscheinen mußte, zumal auch in solchen Fällen, wo zur Sicherstellung der Einleitung des Wechselprocesses oder der Zwangsvollstreckung Arrestlegung erforderlich ist, das Arrestgesuch nach §§. 669 flg. und 678. ohnehin nicht blos bei dem Gerichte der Hauptsache, sondern auch nach der Wahl des Klägers bei dem Amtsgerichte angebracht werden kann.

Auch mag bei dieser Gelegenheit nicht unerwähnt bleiben, daß durch die Bestimmung in §. 3. Ziff. II,1., wornach Streitigkeiten zwischen Miether und Vermiether wegen Ueberlassung oder Räumung eines vermietheten Locals vor den Amtsgerichten zu

5) v. Mittelstädt, Beurtheilung einiger Abschnitte des Entwurfes einer Norddeutschen Proceßordnung, Berlin 1870. S. 65.

verhandeln sein sollen, dem practischen Bedürfnisse der möglichsten Beschleunigung solcher Miethsachen, zumal in größeren Städten, nach meinem Dafürhalten keineswegs vollständig genügt ist. Denn wenn schon das Verfahren vor den Amtsgerichten ein kürzeres ist, auch dem Amtsgerichte in solchen Fällen nach §. 216. noch überdies das Recht zustehen wird, die Einlassungsfrist auf Antrag des Klägers ohne vorgängiges Gehör des Gegners abzukürzen, so wird dennoch das Verfahren bei etwaiger Chikane des Gegners einen Zeitraum in Anspruch nehmen, welcher mit den Nachtheilen, unter denen der Kläger und mit ihm unter Umständen auch dritte Personen in größerer oder geringerer Zahl zu leiden haben, in keinem Verhältniß steht.

Weiter halte ich aber auch die neuerdings in §. 3. des Entwurfs erfolgte Ausdehnung der Competenz der Amtsgerichte auf alle vermögensrechtlichen Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 150 Thalern nicht übersteigt, für eine höchst bedenkliche. Muß man die Verweisung geringfügiger und gewisser dringlicher Rechtssachen vor die nur mit Einzelrichtern besetzten Amtsgerichte als einen von der Nothwendigkeit gebotenen und nur durch diese Nothwendigkeit gerechtfertigten Uebelstand betrachten, so erscheint es, wie bereits oben hervorgehoben wurde, gewiß rathsam, die Competenz dieser Amtsgerichte auf das Maß des wirklich Unerläßlichen zu beschränken. Wie die Erfahrung lehrt, bilden diejenigen Processe, in denen es sich um geringere Werthbeträge handelt, überall da, wo die Procedur in solchen Sachen eine irgend zweckmäßige und nicht allzu kostspielige ist, bei weitem die Mehrzahl, und so wird die Verweisung aller derjenigen Sachen, in denen es sich um einen Betrag oder Werth von nicht über 150 Thalern handelt, eine wesentliche Verminderung der Zahl der vor den Landgerichten und vor den Handelsgerichten anhängigen und eine übermäßige Vermehrung der vor den Amtsgerichten zu verhandelnden Rechtssachen zur Folge haben, damit aber, wenn man die Zahl der Amtsgerichte nicht sehr vermehren will, eine unerträgliche Ueberlastung dieser Amtsgerichte[6]), und wenn die Land- und Handelsgerichte hinreichend beschäftigt sein sollen, die Nothwendigkeit über-

6) Vergl. Philippi a. a. O. S. 14.

mäßig großer Landgerichts- und Handelsgerichtsbezirke und eine erhebliche Erschwerung für die vor diesen letzteren Gerichten processirenden Parteien verbunden sein. Hierzu kommt, daß durch die gedachte, neuerdings beschlossene Erweiterung der Competenz der Amtsgerichte auf alle Rechtsstreitigkeiten, deren Object nicht über 150 Thaler beträgt, die größeren Garantien der richtigen Behandlung und Entscheidung, wie solche in der collegialischen Besetzung der Land- und Handelsgerichte gefunden werden müssen, einer großen Anzahl von Sachen entzogen werden, deren Object für den bei weitem größten Theil der Bevölkerung ein sehr erhebliches ist, wofür der Vortheil der leichteren Zugänglichkeit des Gerichts und des Wegfalls des Anwaltzwanges keinen irgendwie ins Gewicht fallenden Ersatz darbietet, und daß man dadurch factisch die einzelrichterliche Behandlung der Rechtssache zur Regel, die collegialische zur Ausnahme macht. Daß solche Sachen, in zweiter Instanz, wenigstens dann, wenn das Object mehr als 50 Thlr. beträgt (§. 742.), vor den Landgerichten, beziehentlich vor den Handelsgerichten ebenfalls collegialische Behandlung finden, läßt sich zur Rechtfertigung dieser Erweiterung der Competenz der Amtsgerichte schon aus dem Grunde nicht geltend machen, weil dadurch für die Parteien, wenn sie sich die in der collegialischen Behandlung der Sachen liegenden Garantien verschaffen wollen, die Nothwendigkeit herbeigeführt wird, gegen das in erster Instanz gefällte Urtheil Berufung einzuwenden, mit der Einwendung dieses Rechtsmittels aber erhebliche Opfer an Zeit und Geld verbunden sind. Die ohne absolute Nothwendigkeit über das wirkliche Bedürfniß hinaus ausgedehnte factische Ausschließung ganzer Bevölkerungsklassen von den Vortheilen, welche die collegialische Behandlung der Rechtsstreitigkeiten gewährt, scheint mir mit den Grundsätzen einer gesunden Gesetzpolitik nicht im Einklang zu stehen und der von der Commission früher gefaßte Beschluß, die Competenz der Amtsgerichte mit 100 Thalern abzugrenzen, zur Zeit und so lange, bis der Geldwerth noch weiter in sehr erheblicher Weise gesunken ist, der Wiederherstellung dringend bedürftig. Dem etwaigen Mißverhältnisse zwischen den durch die Verhandlung vor den Land- und Handelsgerichten voraussichtlich erwachsenden Proceßkosten und dem Betrage oder Werthe des Objects läßt sich auch dann, wenn man die Kostenbeträge nicht nach Procenten berechnen will, in solchen Streitigkeiten, welche das

Maß der Geringfügigkeit nur wenig übersteigen, durch zweckmäßige Normirung der Kostenbeträge leicht abhelfen.

Weiter läßt sich aber auch darüber rechten, ob es zweckmäßig gewesen, zu denjenigen Sachen, welche möglicher Weise wegen Geringfügigkeit des Objects vor die Amtsgerichte gehören, in §. 4. Ziff. 4. des Entwurfes auch Streitigkeiten über Grunddienstbarkeiten zu zählen, da solche Dienstbarkeiten, wenn dieselben auch nicht geradezu als unschätzbar anzusehen sind, doch jedenfalls immer nur eine mehr oder weniger unsichere Schätzung zulassen und es z. B. sehr schwer sein wird, zu bestimmen, ob eine servitus prospectus einen Werth von über 150 Thalern repräsentirt. Nach meiner Ansicht kann man hiergegen nicht einhalten, daß vermögensrechtliche Ansprüche im engeren Sinne immer eine Schätzung zulassen. Denn wenn, wie dies bei Dienstbarkeiten wenigstens häufig der Fall sein wird, diese Schätzung lediglich nach subjectivem Ermessen zu erfolgen hat, also eine von vorn herein unsichere ist, so entsteht daraus der gewiß sehr erhebliche Uebelstand, daß dem Kläger, sobald es wirklich zweifelhaft ist, ob die Sache vor das Amtsgericht oder vor das Collegialgericht gehöre, und vor welches Gericht er den Beklagten zu laden habe, in dem Falle, wenn sich das von ihm gewählte Gericht nach vorausgegangener Erörterung des Werths des Gegenstandes für unzuständig erklärt, ohne seine Schuld unnützer Aufwand an Zeit und Kosten entsteht. Auch scheint mir bei der besonderen Wichtigkeit, welche mit Grundstücken verbundene Rechte und Oblasten für deren Eigenthümer immer haben, die ausschließliche Verweisung der darauf bezüglichen Streitigkeiten vor die Landgerichte hinreichend gerechtfertigt und dem allgemeinen Gesichtspunkte, daß die Zuständigkeit der Amtsgerichte auf das Maß des Unerläßlichen zu beschränken sei, vollkommen entsprechend.

§. 4.
Prorogation.

Der neben dieser Bestimmung der Competenzgrenzen zwischen Amtsgerichten auf der einen und Handels- und Landgerichten auf der anderen Seite §§. 67—69. des Entwurfes aufgestellte Grundsatz, daß jedes an sich unzuständige Gericht der ersten Instanz, ohne daß es seiner Zustimmung bedarf, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig werde, falls

die Vereinbarung auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die daraus entspringenden Rechtsstreitigkeiten Bezug hat und der Rechtsstreit vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, auch kein ausschließlicher Gerichtsstand im Wege steht, beruht auf dem gewiß richtigen Bestreben, den Parteien, wenn sie sonst hierüber einverstanden sind, rücksichtlich der Wahl des Proceßgerichts und damit zugleich rücksichtlich der Procedur möglichste Freiheit zu gewähren, und hat um so weniger Bedenken gegen sich, als der Ueberlastung der Handelsgerichte, deren kaufmännische Mitglieder nach dem oben im §. 2. Ausgeführten gegen eine solche Ueberlastung möglichst geschützt werden müssen, durch die in §. 68. Abs. 2. enthaltene Bestimmung vorgebeugt ist, wornach diese Gerichte befugt sind, sich in Rechtsstreitigkeiten, welche nicht nach den Bestimmungen der §§. 7. und 8. handelsrechtliche sind, bis zum Schlusse der Hauptverhandlung für unzuständig zu erklären.

Zwar ist hiergegen eingewendet worden[7]), daß die Vorschriften über die Competenz durch eine so unbeschränkte Gestattung der Prorogation überhaupt illusorisch würden, daß dadurch das allgemeine Staatswohl gefährdet und jede zweckmäßige Organisation der Gerichte verhindert werde, weil der Fall eintreten könne, daß ein Gericht gar nichts zu thun habe, während ein anderes mit Geschäften überladen sei. Indeß lassen sich diese Bedenken leicht widerlegen. Denn die Parteien machen von dem ihnen bereits nach dem bisherigen Proceßrecht, wenn schon in weit beschränkterer Weise, zustehenden Prorogationsbefugnisse erfahrungsmäßig nur selten Gebrauch, zumal hierzu der übereinstimmende Wille beider Parteien erfordert wird, und die Gründe, aus welchen nach Befinden die eine Partei zur Prorogation geneigt ist, verhältnißmäßig selten auch für die andere Partei maßgebend sind. Der immerhin vorhandenen Möglichkeit aber, daß das allgemeine Vertrauen zu einem Gerichte die Ueberlastung desselben mit Arbeiten zur Folge haben könnte, steht die Unmöglichkeit für dieses Gericht gegenüber, dieses Vertrauen im Falle der eingetretenen Ueberlastung und der damit selbstverständlich verbundenen Verzögerung der Rechtssachen zu rechtfertigen. Richtig

7) Scheller, Bemerkungen über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, Berlin 1870. S. 9 fg.

ist nur[8]), daß im Falle der Prorogation dritten beim Processe betheiligten Personen, wie Intervenienten und Litisdenunciaten, ein an sich unzuständiges Gericht durch den Parteiwillen aufgenöthigt wird. Allein ein Grund zur Beschränkung des Prorogationsbefugnisses ist hieraus füglich nicht zu entnehmen, da solchen dritten Personen ein Recht, die Verhandlung vor einem bestimmten Gerichte oder auch nur die Trennung der ihr Interesse betreffenden Verhandlung von der Verhandlung der Hauptsache zu fordern, ohnehin nicht zusteht, auch schon bisher im Prorogationsfalle nicht zugebilligt worden ist und ihre Stellung als Nebenpersonen im Processe es eben mit sich bringt, daß sie sich an dem zwischen den Parteien anhängigen Processe, gleichviel wo derselbe anhängig geworden ist, zur Wahrnehmung ihres Interesses zu betheiligen haben.

Die weiter aufgestellte Behauptung[9]), daß der Entwurf in solchen in §§. 7. und 8. näher bezeichneten handelsrechtlichen Streitigkeiten, welche nach §. 9. wegen Geringfügigkeit des Objects vor die Amtsgerichte gehören, die Prorogation an das Handelsgericht ausschließe, oder doch von der Zustimmung dieses letzteren abhängig mache, wird nach meinem Dafürhalten durch die einschlagenden Bestimmungen nicht gerechtfertigt. Nach §. 67. Abs. 1. und §. 68. Abs. 1. ist die Prorogation an unzuständige Gerichte der ersten Instanz und insbesondere auch von dem Amtsgerichte an das Handelsgericht allgemein gestattet und von der Zustimmung des Gerichts, an welches prorogirt wurde, keineswegs abhängig. Daraus folgt ohne Weiteres, daß dies auch dann gilt, wenn die Rechtssache eine handelsgerichtliche, ihrer Geringfügigkeit halber nach §. 9. des Entwurfes vor das Amtsgericht gehörige ist. Nur in solchen Rechtsstreitigkeiten, welche nicht handelsrechtliche sind, können sich die Handelsgerichte für unzuständig erklären. Daß es nicht die Absicht gewesen ist, den Handelsgerichten die Zurückweisung geringfügiger und deshalb nach §. 9. vor die Amtsgerichte gehöriger handelsrechtlicher Streitigkeiten zu gestatten, ergiebt sich schon daraus, daß §. 9. in §. 68. Abs. 2. nicht mit erwähnt ist, und wenn ein Grund für diese Behauptung daraus entlehnt wird, daß in

8) Werenberg a. a. O. S. 18 u. 24.

9) Werenberg a. a. O. S. 6.

§. 8. dem Kläger nur die Wahl zwischen dem Handelsgerichte und dem Landgerichte, nicht aber auch zwischen dem Handelsgerichte und dem Amtsgerichte gestattet ist, so hat man übersehen, daß die geringfügigen Streitigkeiten nach §. 9. ohne Unterschied und also auch dann, wenn sie nach §§. 7. und 8. handelsrechtliche sind, vor die Amtsgerichte gehören, mithin dem Kläger in §. 8., abgesehen vom Prorogationsfalle, für seine Klage aus einem einseitigen Handelsgeschäfte nur die Wahl zwischen dem Handelsgerichte und dem Landgerichte gestattet werden konnte.

Bedenklicher ist, daß der Entwurf über den Einfluß, welchen die Prorogation in der Unterinstanz auf den Instanzenzug ausüben muß, überhaupt nichts besagt. Die Competenz des Bundes-Oberhandelsgerichts ist bereits im Bundesgesetze vom 12. Juni 1869 §§. 12. und 13. bestimmt und war daher an dieser selbstverständlich nichts zu ändern. Auch stimmt dasjenige, was der Entwurf in §§. 7. u. 8. zur Begrenzung des Gebiets der Handelssachen besagt, mit §. 13. des gedachten Gesetzes, wenn auch nicht der Fassung, doch der Sache nach, vollständig überein, indem jene Paragraphen nur deshalb eine theilweise abweichende Fassung erhalten mußten, weil für die aus einseitigen Handelsgeschäften erhobenen Klagen dem Kläger zwischen dem Handelsgerichte und dem Landgerichte die Wahl gelassen werden sollte. Nach Einführung der neuen Proceßordnung würde sich daher die Competenz des Bundes-Oberhandelsgerichts unter selbstverständlichem Wegfall des auf die gegenwärtigen Competenzverhältnisse der verschiedenen Bundesstaaten berechneten §. 12. des gedachten Bundesgesetzes so gestalten, daß dasselbe nur auf die gegen das in der Berufungsinstanz erlassene Endurtheil in Handelssachen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde thätig werden würde. Dabei würde nicht blos nach §§. 8. und 9., sondern auch nach §. 68. Abs. 1. des Entwurfes der Fall eintreten können, daß die Sache in erster Instanz nicht bei einem Handelsgerichte, sondern bei einem Land- oder Amtsgerichte anhängig gewesen ist, was ich ungeachtet der hiergegen erhobenen Einwendungen[10]), zumal in solchen Fällen, wo die Ausschließung des Handelsgerichts auf Vereinbarung der Parteien beruht, für ganz unbedenklich halte. Dagegen finde ich in dem Schweigen des Entwurfes über den Einfluß, welchen die Prorogа-

10) Werenberg a. a. O. S. 6.

tion in der Unterinstanz auf die Bestimmung der Berufungsinstanz ausübt, allerdings eine Lücke. Offenbar ist es die Absicht gewesen, die Wirkung der in der ersten Instanz erfolgten Prorogation nicht auf diese Instanz zu beschränken, sondern auch auf die Berufungsinstanz auszudehnen, und würde also in dem Falle, wenn von dem an sich zuständigen Amtsgerichte auf ein Land- oder Handelsgericht prorogirt wäre, soweit überhaupt nach §. 742. Berufung zulässig ist, das betreffende Oberlandesgericht, beziehentlich unter Zuziehung kaufmännischer Richter, wenn aber von einem Land- oder Handelsgerichte auf ein Amtsgericht prorogirt wäre, das betreffende Landgericht, beziehentlich das betreffende Handelsgericht die Berufungsinstanz zu bilden haben. Indeß ist dies doch nicht ausdrücklich und deutlich ausgesprochen, ein solcher Ausspruch aber bei der Wichtigkeit der Frage gewiß wünschenswerth.

Im Uebrigen wird sich an den Bestimmungen des Entwurfes über die Prorogation nichts aussetzen lassen. Denn daß im Falle der Prorogation vom Amtsgerichte auf ein Land- oder Handelsgericht, sofern es sich um einen ganz geringen, die Berufung nach §. 742. Abs. 1. ausschließenden Gegenstand handelt, die Berufung an das Ober-Landesgericht nicht zulässig werden soll, ergiebt sich, obwohl auch diese Frage nicht ausdrücklich entschieden ist, aus der allgemeinen Fassung des §. 742. Ebensowenig halte ich die Entscheidung der Frage, ob die Rechte aus dem Prorogationsvertrage auf die Erben übergehen, und die Bestimmung einer besonderen Form des Prorogationsvertrags, wie solche von anderer Seite[11]) vermißt worden ist, zur Vervollständigung des Entwurfes für erforderlich, da der Uebergang des Vertragsrechts und der Vertragspflicht des Erblassers auf die Erben bei der in §. 67. Abs. 3. des Entwurfes enthaltenen Beschränkung des Vertrags auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß völlig unbedenklich und, wie mir scheint, selbstverständlich und das Binden der Paciscenten an eine bestimmte Form schwerlich nothwendig und zweckmäßig ist, vielmehr dem Beklagten, wenn die Klage bei einem anderen, als dem vereinbarten Gerichte erhoben worden ist, die proceßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts zur Seite stehen und über dieselbe in der §. 391. des Entwurfes bestimmten Weise zu verhandeln sein wird.

11) Berenberg a. a. O. S. 17.

§. 5.
Gerichtsstände.

Die Gerichtsstände sind in den §§. 32 bis 66. zweckmäßig geregelt. Namentlich empfiehlt sich die subsidiäre Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes nach dem nur vorübergehenden Aufenthalte bei solchen Personen, welche im Inlande keinen Wohnsitz haben, und die Beschränkung dieses subsidiären Gerichtsstandes bei solchen Klagen, welche von Ausländern gegen im Auslande wohnende Personen angestellt werden, auf vermögensrechtliche Ansprüche (§. 34.), sowie die Fortdauer des inländischen Wohnsitzes bei Personen, deren Aufenthalt unbekannt, oder zwar bekannt, aber im Auslande ist, insoweit es sich im letzteren Falle um Rechtsverhältnisse handelt, welche vor Begründung des ausländischen Wohnsitzes entstanden sind (§. 35.). Ebenso gerechtfertigt erscheint bei der Lückenhaftigkeit der den Gerichtsstand des Wohnsitzes betreffenden gemeinrechtlichen Bestimmungen und da eine allgemeine Gleichstellung des Aufenthalts mit dem Wohnsitze weder dem practischen Bedürfnisse, noch namentlich dem Interesse des Beklagten entsprechen würde, das für vermögensrechtliche Ansprüche in §. 44. begründete Quasidomicil bei Personen, welche sich an einem Orte unter Verhältnissen aufhalten, die ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, einschließlich derjenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Militärpflicht dienen, oder selbständig einen Wohnort nicht begründen können, sowie der in §. 45. begründete, ebenfalls unter den Gesichtspunkt eines Quasidomicils fallende Gerichtsstand der Niederlassung.

Auch damit wird man sich einverstanden erklären müssen, daß der dingliche Gerichtsstand in §. 47. auf unbewegliche Sachen, nicht aber auf dingliche und Besitzklagen beschränkt, sondern auf Grenzscheidungs- und Theilungsklagen, sowie auf solche persönliche Klagen ausgedehnt ist, womit eine Realforderung gegen den Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen geltend gemacht wird, und daß der Gerichtsstand in allen diesen Fällen für einen ausschließlichen erklärt worden ist, während derselbe für persönliche Klagen, welche gegen jeden Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden können, oder wegen Beschädigung eines Grundstücks oder auf Entschädigung wegen Expropriation eines solchen erhoben werden, vom Kläger in elec-

tiver Concurrenz mit dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten gewählt werden kann, wie denn auch dagegen nichts einzuwenden ist, daß nach §. 50. im dinglichen Gerichtsstande mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage und mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen und zwar selbst dann erhoben werden kann, wenn die Klagen nicht gegen denselben Beklagten gerichtet sind. Nach meinem Dafürhalten verdienen diese Bestimmungen sowohl vor denen des Hannöverschen Entwurfes (§. 17.) als vor denen des Preußischen Entwurfes (§§. 21 bis 24.) der Fassung und dem Inhalte nach entschieden den Vorzug.

Ebenso zweckmäßig ist dasjenige, was in §. 52. über den Gerichtsstand des Vertrags bestimmt ist. Namentlich kann es nur gebilligt werden, daß dieser Gerichtsstand auf den Erfüllungsort beschränkt und dem Entstehungsorte der Forderung, soweit derselbe nicht nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zugleich der Erfüllungsort ist, auf die Begründung des Gerichtsstandes kein Einfluß eingeräumt worden ist, daß auch die bisherige gemeinrechtliche Beschränkung des forum contractus auf den Fall, wenn die Zustellung der Klage im Gerichtsbezirke erfolgen konnte, wie solche noch im Sächsischen Entwurfe §. 81. festgehalten war, und wodurch die practische Nutzbarkeit dieses Gerichtsstandes wesentlich geschmälert wurde, in Wegfall gebracht worden ist. Dasselbe gilt von der unbeschränkten Zulassung der Klagen auf Aufhebung eines gültigen, nicht an sich nichtigen Vertrags und auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung desselben.

Dagegen halte ich die in §. 54. erfolgte Regulirung des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlungen, obschon die Commission hierbei nur dem Vorgange der Hannöverschen (§. 12.) und Bayerischen (Art. 29.) Proceßordnung, sowie des Hannöverschen (§. 22.), Preußischen (§. 27.) und Hessischen (§. 42.) Entwurfes gefolgt ist, bei der Unbestimmtheit des Begriffes der unerlaubten Handlung für ungenügend und die hiergegen in der Commission S. 56. der Protocolle angeregten Bedenken für beachtlich. Denn wenn sich auch die Beibehaltung des gemeinrechtlichen forum delicti commissi als einer Unterart des Gerichtsstandes der Obligation neben dem forum contractus wohl empfehlen mag, auch die in der Commission beantragte ausdrück-

liche Ausschließung der nur sittlich unerlaubten Handlungen, da diese keine Rechtspflicht erzeugen, selbstverständlich nicht nöthig war, so würde sich doch nach meinem Dafürhalten eine nähere Begrenzung dieses Gerichtsstandes und namentlich die Ausschließung desselben in allen solchen Fällen, wo der aus der unerlaubten Handlung erwachsene Civilanspruch mit der Vertragsklage verfolgt werden kann, wohl empfohlen haben, und da die Bezugnahme auf einen bestimmten Bereich unerlaubter Handlungen, wie solche sowohl in der Badenschen Proceßordnung (§. 42.) als im Sächsischen Entwurfe (§. 85.) zu finden ist, bei der Verschiedenheit der einschlagenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in den einzelnen Bundesländern unthunlich war, wenigstens eine Beschränkung des Gerichtsstandes auf solche unerlaubte Begehungshandlungen rathsam gewesen sein, aus denen nach bürgerlichem Rechte ein selbständiges, nicht ohnehin mit der Vertragsklage verfolgbares Forderungsrecht entsteht. Von der in §. 28. des Preußischen Entwurfes vorgeschlagenen Ausdehnung dieses Gerichtsstandes auf Klagen aus außerehelichen Schwängerungen hat die Commission gewiß mit Recht abgesehen.

Auch die Bestimmungen des Entwurfes über den Gerichtsstand der Widerklage und über die Widerklage überhaupt, wie solche in §. 55. in Verbindung mit §. 183. Ziff. 4., §. 191. und 192. enthalten sind, geben mehrfach zu Bedenken Veranlassung.

Nach gemeinem deutschen Rechte ist die Zulässigkeit der Widerklage nicht von der Connexität oder Compensabilität des Gegenanspruchs des Beklagten mit dem Klaganspruche abhängig, vielmehr der Beklagte, so lange der Proceß in der Unterinstanz anhängig ist, zur Geltendmachung aller seiner Ansprüche an den Kläger, wenn schon mit einigen hier nicht weiter in Betracht kommenden Beschränkungen, im Wege der gleichzeitigen oder successiven Widerklage berechtigt. Dasselbe gilt nach der Hannöverschen (§. 14.) und Badenschen Proceßordnung (§. 266 flg.). Dagegen wird nach dem Preußischen (§. 30.) und ebenso nach dem Hannöverschen (§. 23.), Sächsischen (§. 86.) und Hessischen Entwurfe (§. 43.) sowie nach der Bayerischen Proceßordnung (Art. 31.) Connexität des Gegenanspruchs mit dem Klaganspruche erfordert, jedoch dieser Connexität nach dem Hannöverschen, Sächsischen und Hessischen Entwurfe auch der Fall, wenn sich der Gegenanspruch zugleich zu einer Einrede eignet, nach der Bayerischen Proceß-

ordnung aber der Fall gleichgestellt, wenn derselbe zugleich den Gegenstand einer Einrede bildet. Dabei gestatten der Preußische Entwurf und die Bayerische Proceßordnung diese connexe Widerklage so lange, als die Sache in erster Instanz anhängig ist, während der Hannöversche, Sächsische und Hessische Entwurf die Verbindung derselben mit der mündlichen Klagbeantwortung fordern und eine successive Widerklage überhaupt nicht zulassen.

Der Norddeutsche Entwurf hat sich keiner dieser Gesetzgebungsarbeiten vollständig angeschlossen. Nach ihm ist nicht blos die connexe, sondern auch die nichtconnexe Widerklage gestattet, jedoch zwischen beiden insofern ein Unterschied gemacht, als die erstere in derselben Weise, wie eine Einrede, vor dem Schlusse der Hauptverhandlung anzubringen ist (§. 191. Abs. 1.), die letztere aber bereits vor dem Termine zur mündlichen Verhandlung auf die Klage dem Kläger zugestellt werden muß (§. 192. Abs. 1.). Dabei wird der Begriff der connexen Widerklage dahin bestimmt, daß ihr Gegenstand mit dem Gegenstande der Klage oder einer Einrede im rechtlichen Zusammenhange steht, und diese connexe Widerklage sowohl rücksichtlich ihrer Anbringung, als rücksichtlich der Verhandlung und Entscheidung darüber ganz als Einrede behandelt (§. 191. Abs. 2.), während auf die nicht connexe Widerklage alle Vorschriften über die Klage, insbesondere auch diejenigen Anwendung finden sollen, welche die Zustellung der Klage, die Rechtshängigkeit und das weitere Verfahren betreffen (§. 192. Abs. 2.). Die Unzulässigkeit der Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz ist aus §. 768. des Entwurfes zu entnehmen, da neue Ansprüche in dieser Instanz nur zum Zwecke der Compensation erhoben werden dürfen.

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich zunächst, daß die Zulässigkeit der Widerklage von der Connexität oder doch Compensabilität des Gegenanspruchs des Beklagten mit dem Klaganspruche nicht abhängig sein, vielmehr dem Beklagten das Recht zustehen soll, auch andere Ansprüche an den Kläger im Gerichtsstande der Vorklagsache mittelst der Widerklage zu verfolgen. Ich halte eine solche unbeschränkte, sogar über die Bestimmungen des gemeinen Rechts hinausgehende Gestattung der Widerklage nicht für empfehlenswerth. Nach meiner Ansicht ist zur Zulassung einer Widerklage überhaupt nur im Falle der Connexität des Gegenanspruchs des Beklagten mit dem Klaganspruche und dann ein Bedürfniß

vorhanden, wenn sich der Gegenanspruch, obwohl es an dieser Connexität fehlt, zu einer Einrede eignet, also die beiderseitigen Ansprüche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts compensabel sind, um dem Beklagten auch dann, wenn es nicht zur Compensation kommt, weil der Klaganspruch zurückgewiesen wird oder der Kläger die Klage zurückzieht, jedenfalls aber rücksichtlich desjenigen Betrags, um welchen der Gegenanspruch den Klaganspruch übersteigt, zur Erlangung einer executionsfähigen Verurtheilung des Klägers zu verhelfen und so die Anstellung einer besonderen Klage zu ersparen. Nur in diesem Falle erscheint die Nöthigung des Klägers, den Gerichtsstand der Vorklage, obwohl er diesem Gerichtsstande nicht unterworfen ist, für die Widerklagsache anzuerkennen, durch das practische Bedürfniß gerechtfertigt, während die mit der Zulassung der Widerklage in anderen Fällen für den Beklagten verbundene Bequemlichkeit, sich für diese Widerklage des nämlichen Bevollmächtigten bedienen zu können, welchem er im Vorklagprocesse Auftrag ertheilt hat, und alle Differenzen, welche zwischen ihm und dem Kläger bestehen, vor dem nämlichen Gerichte zum Austrag zu bringen, wie ich bereits in meiner im Eingange erwähnten Kritik S. 49. ausgeführt habe, schwerlich einen Grund abgeben kann, den Kläger seinem ordentlichen Richter zu entziehen. Erscheint es unter solchen Umständen gewiß zweckmäßig, wenn die meisten neueren Gesetzgebungsarbeiten die Zulässigkeit der Widerklage auf die Geltendmachung der mit dem Klaganspruche connexen, oder doch zu einer Einrede sich eignenden nicht connexen Gegenansprüche des Beklagten beschränken, so möchte ich mich für eine Abänderung des Entwurfes in diesem Sinne dringend verwenden.

Ebenso glaube ich den Bestimmungen des Hannöverschen, Sächsischen und Hessischen Entwurfes insofern den Vorzug geben zu müssen, als dieselben die Verhandlung des Gegenanspruchs des Beklagten in einem abgesonderten Processe überhaupt ausschließen, da dann, wenn es ohnehin doppelter Processe bedarf, weil sich die beiderseitigen Ansprüche zur gemeinschaftlichen Verhandlung nicht eignen, oder weil es der Beklagte unterließ, seinen Gegenanspruch mit der Klagbeantwortung zu verbinden, in der That am allerwenigsten ein Grund erfindlich ist, den Kläger zur Anerkennung der Competenz eines an sich unzuständigen Gerichts zu nöthigen.

Weiter halte ich es aber auch für ungerechtfertigt, wenn der Entwurf die gemeinschaftliche Verhandlung über die Widerklage und die Vorklage auf den Fall beschränkt, wenn der Gegenstand der Widerklage mit dem Gegenstande der Vorklage oder einer Einrede im rechtlichen Zusammenhange steht. Denn aus dieser Fassung, sowie aus dem S. 58. der Protocolle gefaßten Beschlusse, von dem Erfordernisse der Connexität des Gegenanspruchs mit dem Klaganspruche dann abzusehen, wenn von der Compensationseinrede Gebrauch gemacht worden sei, ergiebt sich zur Genüge, daß mit dem Klaganspruche nicht-connexe Gegenansprüche auch dann, wenn sie sich zur Compensation eignen, mittelst der connexen Widerklage im Hauptprocesse selbst nur unter der Voraussetzung verfolgbar sein sollen, wenn sie mit einer vom Beklagten wirklich vorgeschützten Einrede der Compensation in rechtlichem Zusammenhange stehen, daß also der Beklagte nur befugt sein soll, den ihm über den zu compensirenden Betrag hinaus zukommenden Ueberschuß mittelst dieser connexen Widerklage zu verfolgen, mithin von dem Grundsatze, daß der Kläger nicht verurtheilt werden könne, nur zur Vermeidung der Zersplitterung der Entscheidung über den zur Compensation geeignet befundenen Gegenanspruch insoweit eine Ausnahme eintreten soll, als es sich um diesen Ueberschuß handelt. Wichtig wird dies dann, wenn es nicht zur Compensation kommt, weil der Klaganspruch zurückgewiesen oder die Klage vom Kläger nach Erhebung der connexen Widerklage vor dem Schlusse der Hauptverhandlung zurückgenommen wird (§. 355.). Zwar enthält der Entwurf über die Wirkungen einer solchen Zurückweisung oder Zurücknahme der Klage auf die connexe Widerklage keine ausdrückliche Bestimmung, und möglicher Weise könnte man aus §. 191. Abs. 3., wornach der mit dieser Widerklage geltend gemachte Anspruch mit der Geltendmachung desselben in der mündlichen Verhandlung rechtshängig wird, in Verbindung mit §. 183. Ziff. 2. folgern wollen, daß auch in diesen Fällen eine Verurtheilung des Klägers wenigstens in den mittelst der Widerklage geforderten Ueberschuß zulässig sei. Indeß steht dieser Annahme sowohl die Bestimmung in §. 191. Abs. 2., wornach über die connexe Widerklage „wie über eine Einrede" entschieden werden soll, als die Bestimmung in §. 355. entgegen, wornach die Zurücknahme der Klage die Folge haben soll, daß der Rechtsstreit, dessen integrirenden Bestandtheil die als

Einrede zu behandelnde connexe Widerklage selbstverständlich bildet, als nicht anhängig geworden anzusehen ist.

Nach meinem Dafürhalten ist an diesen Bestimmungen, ganz abgesehen davon, daß dieselben wenig deutlich und durchsichtig sind, namentlich das auszusetzen, daß der Beklagte, wenn er zu einer Verurtheilung des Klägers in den zur Compensation geeigneten Gegenanspruch mit Sicherheit gelangen will, diesen Gegenanspruch vor dem Termine zur Hauptverhandlung mittelst einer nicht-connexen Widerklage geltend machen, also ohne eigentliches Bedürfniß doppelte Processe führen muß, ein Uebelstand, welcher durch Aufnahme der in den meisten neueren Proceßgesetzen enthaltenen Bestimmung, daß auch nicht-connexe Gegenansprüche dann mittelst der gleichzeitigen Widerklage verfolgt werden können, wenn sie sich zu einer Einrede eignen, in der einfachsten Weise vermieden worden wäre.

Die Bedenken, welche in der Commission nach S. 57. der Protocolle gegen die Zulassung der Geltendmachung compensabler Ansprüche mittelst der gleichzeitigen Widerklage und gegen die Realisirbarkeit eines etwaigen Ueberschusses unter Hinweisung auf die in den einzelnen Bundesstaaten verschiedene Auffassung der Erfordernisse der Compensabilität erhoben worden sind, erscheinen mir, zumal wenn man die Verbindung der Widerklage mit der Klagbeantwortung in der mündlichen Verhandlung fordert, schon aus dem Grunde völlig unhaltbar, weil es nicht Aufgabe der Commission war, die Voraussetzungen zur Compensabilität zu bestimmen, in dieser Beziehung vielmehr Alles den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts überlassen werden konnte und überlassen werden mußte, und weil gerade im Falle der Compensabilität des Gegenanspruchs mit dem Klaganspruche die Zulassung der gleichzeitigen Widerklage, indem sie doppelte Processe erspart, ganz besonderen Nutzen gewährt.

Ebensowenig wird man sich aber endlich auch zur Rechtfertigung des Entwurfes darauf beziehen können, daß der Kläger, beziehentlich dessen Anwalt, in Folge der Erhebung einer Widerklage auf Grund nicht-connexer compensabler Gegenansprüche in der mündlichen Verhandlung zur Erklärung über Thatsachen genöthigt werde, zu denen er möglicher Weise nicht instruirt ist. Denn wenn es zulässig sein muß, diese Thatsachen zum Zwecke der Compensation einredeweise geltend zu machen, wird auch die Zu-

lassung derselben zum Zwecke der Begründung der Widerklage völlig unbedenklich sein, übrigens dem Kläger, zumal wenn die rechtzeitige Mittheilung dieser Thatsachen in einem vorbereitenden Schriftsatze unterblieben war, nach §. 290., wie in anderen Fällen, das Recht zustehen, die Vertagung der Verhandlung zu beantragen.

Nach dem Gesagten wird sich das Zurückgehen auf §. 23. des Hannöverschen Entwurfes, und demnach die Beschränkung der Widerklage auf mit dem Klaganspruche connexe oder doch zu einer Einrede geeignete Gegenansprüche und die Bestimmung empfehlen, daß diese beschränkte Widerklage in allen Fällen mit der Klagbeantwortung des Beklagten zu verbinden und darüber unbeschadet des richterlichen Trennungsrechts (§. 300.) im Hauptprocesse selbst zu verhandeln und zu entscheiden sei.

Die in §. 55. Abs. 2. erfolgte Ausschließung des Gerichtsstandes der Widerklage in solchen Fällen, wo für dieselbe nach §. 69. die Zuständigkeit des Gerichts der Klage durch Prorogation nicht begründet werden kann, und die bei §. 645. Abs. 2. geschehene Beschränkung der nicht-connexen Widerklage bei Handelsgerichten auf die nach §§. 7 bis 9. des Entwurfes zur Zuständigkeit dieser Handelsgerichte gehörigen Ansprüche geben zu irgend welchen Bedenken keine Veranlassung.

Auch die in §. 56. enthaltene, dem Preußischen Entwurfe entlehnte Beschränkung des Gerichtsstandes des Zusammenhanges der Rechtssachen auf die Klagen der Proceßbevollmächtigten, Beistände und Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen derselben, unter gleichzeitiger ausschließlicher Verweisung der Streitigkeiten über Zulässigkeit und Höhe eines Ansatzes vor das betreffende Instanzgericht halte ich für richtig und die den gemeinschaftlichen Anschauungen entsprechende, ohnehin nur auf der Praxis beruhende allgemeine Bestimmung in §. 13. der Hannöverschen Proceßordnung, daß das Gericht der Hauptsache auch für die Nebensachen zuständig sei, ganz abgesehen davon, daß dafür kein practisches Bedürfniß erkennbar ist, schon aus dem Grunde für bedenklich, weil es ohnehin häufig zweifelhaft ist, welche Sache die Hauptsache und welche die Nebensache sei. Die in §§. 87. und 109. erfolgte Zulassung der Interventionsklage und der Rückklage bei dem Gerichte der Hauptsache bedarf keiner ausführlichen Rechtfertigung.

Ebensowenig giebt mir die in §. 57. vorgeschlagene, mit §. 24. des Hannöverschen Entwurfes übereinstimmende Beschränkung des Gerichtsstandes des Arrests auf den Fall, wenn der Arrestbeklagte im Inlande keinen Wohnsitz hat, zu besonderen Bemerkungen Anlaß, da ein Grund, den inländischen Beklagten blos deshalb, weil eine Sache desselben von einem Gerichte mit Arrest belegt worden ist, zur Anerkennung der Competenz dieses Gerichts für die Hauptsache zu nöthigen, sich nicht auffinden läßt.

Dagegen halte ich die in der neuesten Ausgabe des Entwurfes in Folge des in der Note zu den Vorbemerkungen gestellten Antrags auf Einsetzung Eines höchsten Bundesgerichtshofes erfolgte Streichung einer Bestimmung für den Fall, wenn kein Gericht vorhanden ist, welches nach §. 60. das zuständige Gericht zu bezeichnen hat, nach dem in §. 2. Gesagten zur Zeit noch für verfrüht und die Wiederherstellung dieser Bestimmung wenigstens so lange für unerläßlich, bis auch das Civilrecht der einzelnen Bundesländer im ganzen Umfange ein einheitliches geworden ist.

§. 6.
Proceßbevollmächtigte und Beistände.

Die in den Vorbemerkungen S. VI. vorausgesetzte Freigebung der sowohl die Advocatur als die Anwaltschaft umfassenden Rechtsanwaltschaft empfiehlt sich mit der ausdrücklich betonten Beschränkung, daß die Ausübung derselben von dem Nachweise des Studiums der Rechte und der Ablegung einer Prüfung abhängig bleibt, schon aus dem Grunde, weil nur dadurch die im Interesse der Rechtspflege unentbehrliche Unabhängigkeit des Advocatenstandes gesichert wird, und entspricht dem vom siebenten Juristentage — Verhandlungen Bd. II. S. 222. in Verbindung mit 208. — fast einstimmig gefaßten Beschlusse. Andrerseits hat sich die Commission nach Vorgang der meisten neueren Gesetzgebungen in §. 116. für den Anwaltszwang, d. i. für Einführung des Grundsatzes entschieden, daß sich die Parteien vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz durch einen bei dem Proceßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Proceßbevollmächtigten vertreten lassen müssen, während nach §§. 115. 117. und 138. in anderen, als Anwaltsprocessen, nicht nur die Partei den Rechtsstreit in Person führen kann, sondern auch außer den Rechtsanwälten jeder, welcher proceßfähig ist, als Proceßbevollmächtigter oder als Beistand

zugelassen werden soll. Ich halte diese Bestimmungen für durchaus dem practischen Bedürfnisse entsprechend. Zwar hat man wider den Anwaltszwang aus theoretischen Gründen Einwendungen erhoben, darin eine ungerechtfertigte Bevormundung der proceßführenden Parteien und eine Begünstigung des Anwaltstandes finden wollen, und namentlich sind es Stimmen aus dem Anwaltstande selbst gewesen, welche diese vermeintliche, mit einem hohen Grade von Verantwortlichkeit verbundene Begünstigung zurückweisen zu müssen geglaubt haben. Allein wenn eine Einrichtung nach den gemachten practischen Erfahrungen zur Erreichung der Proceßzwecke unentbehrlich ist, darf sich der Gesetzgeber von der Einführung derselben durch derartige rein theoretische Bedenken nicht abhalten lassen. Bei einer Procedur, welche das gesprochene Wort zur ausschließlichen Grundlage der Entscheidung erhebt, bedarf es vor Allem einer hinreichenden Garantie dafür, daß die den Schwerpunkt des Verfahrens bildende mündliche Verhandlung nicht nur durch Schriftsätze gehörig vorbereitet werde, sondern auch einen raschen ungestörten Fortgang habe und geeignet sei, zur Auffindung der materiellen Wahrheit zu führen. Eine solche Garantie ist aber nur dann vorhanden, wenn die Fertigung der vorbereitenden Schriftsätze und die mündliche Verhandlung nicht den, wenigstens in der Regel, dazu nicht befähigten Parteien selbst überlassen, sondern in die Hand von Personen gelegt ist, welche zur deutlichen präcisen Darlegung der factischen Verhältnisse und zu rechtlichen Ausführungen hinreichend qualificirt sind, also nicht nur die erforderlichen Rechtskenntnisse besitzen, sondern auch das Fertigen von Schriftsätzen und das Plaidiren vor den Gerichten zu ihrem Berufe gemacht und darin eine gewisse practische Gewandtheit erlangt haben. Da die Parteien nach §. 293. Abs. 3. von der mündlichen Verhandlung nicht ausgeschlossen, vielmehr, falls sie sonst hierzu befähigt, auch im Anwaltsprocesse berechtigt sind, nach ihrem Anwalte das Wort zu nehmen, so erwächst ihnen aus dem Anwaltszwange nur insofern ein Nachtheil, als sie die, durch die Zuziehung eines Rechtsanwalts erwachsenden Kosten aufwenden müssen, was den gedachten namhaften Vortheilen gegenüber offenbar nicht in Betracht kommen kann.

Wenn Plathner[12]) dem Entwurfe den Vorwurf gemacht hat,

12) Gutachten über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, Berlin 1870. S. 22 u. 73 fg.

daß derselbe den Anwalt zum Herrn des Processes mache und der Partei nur die Möglichkeit gewähre, durch persönliches Miterscheinen im Termine eine Controle über die Thätigkeit desselben auszuüben, mithin die Stellung der Parteien eine viel ungünstigere sei, als nach dem von ihm empfohlenen Systeme, nach welchem der Inhalt der Schriftsätze für die Entscheidung maßgebend ist, so steht dem, neben den erst weiter unten näher zu entwickelnden Bedenken gegen dieses auf dem Schriftlichkeitsprincipe beruhende System überhaupt, auch die Erwägung entgegen, daß es der Partei, zumal bei größerer Entfernung vom Sitze des Gerichts, nicht immer möglich sein wird, sich die Schriftsätze vor ihrer Zustellung zur Einsicht vorlegen zu lassen, und daß daher die Gefahr falscher Darstellung des Sachverhalts in der auf den Schriftenwechsel folgenden mündlichen Verhandlung, auf deren Inhalt, wenn man dieser Verhandlung nicht jede Bedeutung absprechen und dieselbe nicht zu einer bloßen Formalität herabdrücken will, bei der Entscheidung nothwendig Rücksicht zu nehmen sein wird, auch nach den Plathnerschen Vorschlägen nur durch das persönliche Erscheinen der Partei vollständig abgewendet werden würde.

Nur solche Personen, welche, weil sie selbst Rechtsanwälte oder Richter sind, präsumtiv die zur persönlichen Proceßführung erforderlichen Eigenschaften besitzen, würden auf Befreiung vom Anwaltszwange füglich Anspruch machen können, werden sich aber auch dann, wenn bei ihnen, um den Schein einer besonderen Begünstigung zu vermeiden, keine Ausnahme gemacht werden sollte, damit um so leichter befreunden können, als erfahrungsmäßig auch den zur Proceßführung in fremden Angelegenheiten vollkommen befähigten Juristen in eigenen Angelegenheiten leicht diejenige Ruhe und Klarheit abgeht, welche zur zweckmäßigen Wahrung des Parteiinteresses erforderlich ist, wie denn solche Personen auch da, wo der persönlichen Proceßführung bisher kein gesetzliches Hinderniß im Wege stand, in ihrem wohlverstandenen Interesse Veranlassung zu nehmen pflegten, sich im Processe durch Rechtsanwälte vertreten zu lassen.

Freilich hat der Entwurf nach Vorgang anderer neuerer Proceßgesetzgebungen den Anwaltszwang auf das Verfahren vor den Landgerichten und Obergerichten beschränkt, obwohl die practischen Gründe, welche für seine Einführung sprechen, an sich auch auf das Verfahren vor den Handelsgerichten und Amtsgerichten

Anwendung leiden. Indeß wird die Zulassung der persönlichen Proceßführung, beziehentlich der Vertretung oder Unterstützung durch Andere, als Rechtsanwälte, in Handelssachen durch das Ueberwiegen des kaufmännischen Elements geboten, und überhaupt die Bedenklichkeit einer solchen Einrichtung durch die bei Kaufleuten, wenigstens auf dem Gebiete des Handelsrechts, regelmäßig vorauszusetzende Intelligenz sehr gemindert, während für das Verfahren vor Einzelgerichten der größere processualische Apparat, wie solcher im Allgemeinen allerdings zur gründlichen Erörterung nothwendig erscheint, nun einmal unbrauchbar ist, und zumal dann nicht beibehalten werden kann, wenn derselbe einen Kostenaufwand verursacht, welcher mit dem Betrage oder Werthe des Proceßgegenstandes in keinem Verhältnisse steht.

Den Gefahren, welche für die Rechtspflege erfahrungsmäßig aus der gewerbmäßigen Besorgung advocatorischer Geschäfte durch dazu nicht befähigte Personen entstehen, hat der Entwurf theils in §§. 119. und 138. durch die Bestimmung, daß das Proceßgericht solche Bevollmächtigte und Beistände, welche die Proceßführung für Dritte gewerbmäßig betreiben, zurückweisen kann, theils auch in §§. 118. und 138. dadurch hinreichend vorgebeugt, daß Verträge, durch welche einer zur Uebernahme der Function eines Proceßbevollmächtigten oder Beistandes nicht befugten Person eine Vergeltung für die Mühwaltung zugesichert wird, für nichtig erklärt sind und die Rückforderung des dafür Gegebenen oder Geleisteten ausdrücklich gestattet ist. Die im Entwurfe offengebliebene Frage, ob es den Rechtsanwälten gestattet sei, derartige Verträge abzuschließen, war nicht in der Proceßordnuug, sondern in den Advocatenordnungen zu entscheiden. Dahin gehören auch die die Disciplinargewalt über die Rechtsanwälte betreffenden Bestimmungen, und nur insofern scheint mir im Entwurfe eine Lücke zu sein, als derselbe zwar in §. 307 flg. Vorschriften über die Handhabung der Sitzungspolizei, nirgends aber darüber Vorschriften enthält, inwieweit die Gerichte sonstige Ungebührlichkeiten zu ahnden befugt sein sollen, welche sich die Rechtsanwälte oder andere Proceßbevollmächtigte bei der Proceßführung außerhalb der Sitzung dem Gerichte gegenüber zu Schulden kommen lassen.

Bei der Bestimmung in §§. 118. und 138., wornach es den Landesbehörden gestattet sein soll, auch Anderen, als Rechtsanwälten die Erlaubniß zu ertheilen, gegen Vergeltung als Proceßbevoll-

mächtigte oder Beistände aufzutreten, hat man den landesgesetzlichen Advocatenordnungen völlig freie Hand lassen zu müssen geglaubt. Nach meinem Dafürhalten bedarf es einer besonderen, zum Plaidiren im Anwaltsprocesse nicht berechtigten Klasse von Advocaten neben den Rechtsanwälten nicht, obschon es sich vielleicht empfehlen mag, jüngeren Juristen die Vertretung und Unterstützung der Parteien in Handelsgerichts- und Amtsgerichtsprocessen in Nachvollmacht eines Rechtsanwalts gegen Vergeltung zu gestatten. Dagegen ist die in den Vorbemerkungen zum Entwurfe offengelassene, bei Gelegenheit der Gerichtsorganisation zu entscheidende Frage, ob die Parteivertretung bei Landgerichten und Obergerichten auf bestimmte, bei diesen Gerichten immatriculirte Rechtsanwälte zu beschränken sei, bei der Gefahr, welche aus einer solchen Beschränkung für die Unabhängigkeit der Rechtsanwälte und für das Interesse des Recht suchenden Publicums gleichmäßig entstehen könnte, unzweifelhaft zu verneinen und die Erlassung einer darauf bezüglichen bundesgesetzlichen Bestimmung zur Herbeiführung einer möglichst einheitlichen Organisation des Advocatenstandes in allen Bundesstaaten überaus wünschenswerth. In diesem Sinne hat sich auch der siebente Juristentag, Bd. II. S. 222. in Verbindung mit S. 208., ausgesprochen. Die nämlichen Gründe stehen auch dem Vorschlage Hagen's[13]) im Wege, daß die Immatriculation an einem höheren Gerichte von einer vorausgegangenen längeren Thätigkeit an einem Untergerichte abhängig gemacht werden möchte.

Bei dieser Gelegenheit möchte ich mich noch mit Plathner[14]) für Streichung der in §§. 155. und 159. des Entwurfes enthaltenen Bestimmung verwenden, daß die Bewilligung des Armenrechts dann verweigert werden soll, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung als muthwillig oder als völlig aussichtslos erscheint, da diese Bestimmung nicht nur wegen der durch die angeordnete vorläufige Prüfung der Klage leicht entstehenden Weiterungen und weil die etwaige Versagung des Armenrechts bei der Nothwendigkeit der Parteivertretung im Anwaltsprocesse factisch auf eine Rechtsverweigerung hinauslaufen würde, oder doch den Schein einer solchen annehmen könnte, an sich bedenklich fallen

13) a. a. O. S. 34.
14) a. a. O. S. 75.

muß, sondern auch durch voraussichtlich laxe Handhabung derselben Seiten der Gerichte keine erhebliche Bedeutung erlangen wird, übrigens der Gefahr des Mißbrauchs des Armenrechts zur muthwilligen Proceßführung durch die in §. 162. gestattete nachträgliche Entziehung desselben hinreichend vorgebeugt ist.

§. 7.
Princip der Oeffentlichkeit.

Der Grundsatz der Oeffentlichkeit, über dessen Unentbehrlichkeit gegenwärtig allgemeines Einverständniß herrscht, hat in §. 281. Abs. 1. ausdrückliche Anerkennung gefunden. Die Beschränkung dieser Oeffentlichkeit durch Ausschließung derselben bei der Berathung und Abstimmung der Richter (§. 322.) und in solchen Fällen, wo die Verhandlung zwar vor dem erkennenden Gerichte, aber außerhalb der Gerichtsstelle, oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, beziehentlich vor dem Gerichtsschreiber stattfindet (§. 285.) und wo Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit zu besorgen ist (§. 282. Abs. 1.), sowie in Ehesachen (§. 282. Abs. 2.), beruht auf guten Gründen und giebt ebensowenig zu Bedenken Veranlassung, als die Ermächtigung des Vorsitzenden, zu nicht-öffentlichen Verhandlungen einzelnen Personen den Zutritt zu gestatten (§. 284.), welche vor der in der Hannöverschen Proceßordnung §. 89. und im Hannöverschen Entwurfe §. 118. den Parteien eingeräumten Berechtigung, drei Personen ihres Vertrauens zuzuziehen, nach meiner Ansicht den Vorzug verdient. Auch die Bestimmung, daß über die Ausschließung der Oeffentlichkeit in solchen Fällen, wo dieselbe dem richterlichen Ermessen überlassen ist, in nicht-öffentlicher Sitzung zu verhandeln, der auf diese Verhandlung ergehende Beschluß aber öffentlich zu verkünden sei (§. 283.), bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Nur insofern habe ich an den das Oeffentlichkeitsprincip betreffenden Bestimmungen des Entwurfes auszusetzen, als dadurch, abweichend von der Hannöverschen Proceßordnung §. 87. Abs. 3. und vom Hannöverschen Entwurfe §. 116. Abs. 2. dem Proceßgerichte die Möglichkeit entzogen ist, die Oeffentlichkeit nach seinem Ermessen auch in solchen Fällen auszuschließen, wo dies im Interesse der Parteien von diesen übereinstimmend beantragt wird, da ein solches Interesse z. B. in dem Falle, wo es sich um

eine noch nicht Gemeingut gewordene Erfindung, um ein Gewerbsgeheimniß handelt, wirklich vorhanden sein kann und unter der gedachten Voraussetzung des übereinstimmenden Wunsches der Parteien sicher Berücksichtigung finden muß, wenn man nicht die Rechtsverfolgung unnöthig erschweren und nach Befinden factisch unmöglich machen will. Ich möchte eine solche Erweiterung des richterlichen Ermessens für um so unbedenklicher halten, als der Gefahr, daß dadurch der compromissarischen Beseitigung der im Interesse des Gemeinwohls unentbehrlichen Oeffentlichkeit die Thür geöffnet werde, sobald zu dem Compromisse die persönliche Zustimmung der Parteien erfordert wird, auch die Genehmigung desselben von der Beibringung eines nach richterlichem Ermessen beachtlichen Interesses abhängig gemacht wird, hinreichend vorgebeugt ist. Die in §. 281. Abs. 2. des Entwurfes erfolgte Ausschließung solcher Personen von den öffentlichen Verhandlungen, welche sich nicht im Vollgenusse der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, halte ich weder für nöthig, noch für practisch durchführbar.

§. 8.
Princip der Mündlichkeit.

Auch der Ausbau des Grundsatzes der Mündlichkeit des Verfahrens, rücksichtlich dessen die Commission im Wesentlichen der Hannöverschen Proceßordnung und dem Hannöverschen Entwurfe gefolgt ist, läßt nach meiner Ansicht im Allgemeinen nichts zu wünschen übrig[15]). Nach §. 286. wird der Rechtsstreit mündlich verhandelt und nach §. 287. bildet regelmäßig und abgesehen von einzelnen Ausnahmen die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte die ausschließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung, bei welcher nach §. 321. nur solche Richter, vor welchen die mündliche Verhandlung stattgefunden hat, diese aber sämmtlich, mitzuwirken haben. Unter solchen Umständen bedarf es einer Fixirung des Parteivorbringens im Sitzungsprotocolle selbstverständlich nicht. Vielmehr soll dieses Protocoll nach §§. 342. und 343. zwar die Aussagen der in der Sitzung abgehörten Zeugen und Sachverständigen, soweit solche nicht schon früher abgehört worden sind, oder doch ihre Aussagen von den früheren abweichen, und das Ergebniß eines in der Sitzung eingenommenen Augen-

15) Gab a. a. O. S. 7 fg. 11 fg. 13 fg. 16 fg. 18 fg.

scheins, ingleichen die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts und ihre Verkündigung, sowie etwaige sitzungspolizeiliche Ahndungen, im Uebrigen aber nur den Gang der Verhandlung im Allgemeinen und Anträge und Erklärungen der Parteien nur insoweit enthalten, als deren Feststellung nach §. 389. ausnahmsweise erfolgen muß oder doch erfolgen darf. Auch ist das Sitzungsprotocoll nach §. 344. nur insoweit vorzulesen oder zur Durchsicht zu überreichen und dies, sowie die erfolgte Genehmigung bez. Erhebung von Einwendungen im Protocolle zu bemerken, als darin Aussagen von Zeugen und Sachverständigen, oder das Ergebniß eines Augenscheins, oder Anträge und Erklärungen der Betheiligten enthalten sind.

Dabei ist der Ueberstürzung des Gerichts und der Parteien bei der mündlichen Verhandlung nicht nur durch die Gestattung eines schriftlichen Vorverfahrens, sondern namentlich auch durch die dem Gerichte in §. 290. gestattete Vertagung der mündlichen Verhandlung vorgebeugt.

Die überdies vorgeschriebene Fixirung der in den vor dem erkennenden Gerichte stattgefundenen mündlichen Verhandlungen gestellten Anträge und abgegebenen sonstigen Erklärungen erfolgt nach §§. 329. und 331. erst nachträglich in dem im Urtheile oder Beweisbescheide aufzunehmenden Thatbestande, aber in der Hauptsache und abgesehen von den in §§. 765. und 766. erwähnten Geständnissen und auf den Eid bezüglichen Erklärungen, welche auch für die Berufungsinstanz bindend sind, nur zu dem Zwecke, um dem nachfolgenden Richter als Unterlage für die Beurtheilung der Frage zu dienen, ob und inwieweit das spätere Vorbringen der Parteien als ein neues anzusehen sei.

Diese Bestimmungen sind es vorzugsweise, gegen welche die Angriffe der Gegner des Entwurfes, freilich in ganz divergirenden Richtungen, gerichtet sind, indem die einen der Beibehaltung des Altpreußischen Verfahrens das Wort reden, und es dem Entwurfe zum Vorwurf machen, daß derselbe dem geschriebenen Worte eine zu geringe Bedeutung einräume, die anderen eine noch extremere Durchführung des Mündlichkeitsprincips im Sinne des Französisch-Rheinischen Verfahrens verlangen. Zu den Vertretern der ersteren Richtung gehört namentlich Plathner[16]), welcher die

16) Gutachten über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, Berlin 1870.

Durchführung des Mündlichkeitsprincips im Entwurfe für so bedenklich hält, daß er dem Juristentage die Ablehnung desselben überhaupt empfehlen zu müssen geglaubt hat. Derselbe giebt zwar [17]) ausdrücklich zu, daß die mündliche Verhandlung des Rechtsstreits vor dem erkennenden Richter, wie solche vom zweiten Juristentage empfohlen worden ist, unbestreitbare Vorzüge vor dem schriftlichen Verfahren habe, behauptet aber, daß die Durchführung des Mündlichkeitsprincips im Entwurfe das richtige Maß überschreite und in seinen Consequenzen Uebelstände im Gefolge haben werde, denen gegenüber die Ablehnung des Entwurfes und die damit nothwendig verbundene Verzögerung der Herstellung einer gemeinsamen Proceßordnung für den Norddeutschen Bund als das geringere Uebel erscheine. Dabei verwendet er sich, unter ausdrücklicher Verwahrung gegen den etwaigen Verdacht particularistischer Voreingenommenheit, lebhaft für die Annahme des der bestehenden Altpreußischen Gesetzgebung zu Grunde gelegten Systems mit einzelnen von ihm selbst als wünschenswerth bezeichneten Modificationen. Freilich verkennt er dabei, daß diesem Systeme die Mündlichkeit, für deren Einführung sich der zweite Juristentag verwendet hat, überhaupt völlig fremd und daß das Preußische Verfahren im wissenschaftlichen Sinne kein mündliches, sondern ein schriftliches ist, weil es nach ihm nicht das gesprochene, sondern das geschriebene Wort ist, welches die hauptsächliche Grundlage für die richterliche Entscheidung bildet, daß mithin die in dem gedachten Gutachten gemachten, die Gestaltung des Verfahrens betreffenden Vorschläge in der That nicht eine Modification des Mündlichkeitsprincips, sondern die Beibehaltung des Schriftlichkeitsprincips bezwecken.

Die Bedenken, welche Plathner gegen das dem Entwurfe zu Grunde gelegte Mündlichkeitsprincip geltend macht, sind nicht neu. Sie wurden in Hannover, als die dortige Proceßordnung im Jahre 1850 zur Einführung gelangen sollte, in gleicher Weise erhoben, aber durch die practische Erfahrung bald widerlegt, indem alle Befürchtungen, mit denen man dort der consequenten Durchführung des Mündlichkeitsprincips von Seiten der meisten und zumal der älteren Juristen entgegengesehen hatte, sich als völlig unbegründet erwiesen und die entschiedensten Gegner in verhältnißmäßig kurzer Zeit zu den eifrigsten Anhängern der neuen

17) a. a. O. S. 13.

Procedur bekehrt wurden. Der frische Eindruck, welchen die Verhandlungen vor den Hannöverschen Gerichten auf einen jeden machen, welcher denselben, gleichviel ob mit vorgefaßter Meinung, oder ohne solche, längere Zeit hindurch beiwohnt, und das nicht wegzuleugnende Vertrauen zur Rechtspflege, welches dort nicht blos bei Juristen, sondern auch bei Laien nach langjähriger Erfahrung zu finden ist, widerlegen die Unterstellung Plathners[18]) zur Genüge, daß es sich hierbei lediglich um Vorliebe für heimathliche Institutionen, oder um bloße Anerkennung des, der früheren, jetzt längst in Vergessenheit gerathenen Procedur gegenüber, hervortretenden relativen Werthes dieser Institutionen handle, während die Ueberzeugung, daß das bisherige Altpreußische Proceßverfahren, dessen Beibehaltung Plathner im Wesentlichen empfiehlt, den Anforderungen der Jetztzeit nicht mehr entspreche, nicht nur außerhalb des Preußischen Staats, sondern ganz besonders in Preußen selbst, eine sehr verbreitete ist und daher bereits vor längerer Zeit zu dem Beschlusse Veranlassung gegeben hat, dieses Verfahren gänzlich umzugestalten.

Es kann natürlich nach dem Zwecke dieser Schrift nicht meine Absicht sein, auf die Vorschläge, nach denen Plathner das neue Verfahren geregelt wissen will, näher einzugehen, da die gänzliche Unbrauchbarkeit dieser Vorschläge, sobald man überhaupt dem Mündlichkeitsprincipe vor dem von ihm mit großem Scharfsinn und mit Begeisterung empfohlenen Schriftlichkeitsprincipe den Vorzug einräumt, keiner weitern Darlegung bedarf. Indeß will ich doch bei der Wichtigkeit der Frage und da eine im Sinne Plathners erfolgte Beantwortung derselben, wie zugegeben werden muß, seinen Antrag auf Ablehnung des Entwurfes rechtfertigen würde, um mich nicht dem Vorwurfe auszusetzen, daß ich diesem Antrage nur allgemeine Behauptungen, keine Gründe entgegengesetzt habe, wenigstens die erheblichsten Bedenken, welche er gegen das dem Entwurfe zu Grunde gelegte Mündlichkeitsprincip und gegen die Durchführung dieses Princips im Entwurf erhoben hat, in möglichster Kürze näher beleuchten.

Die Bezugnahme Plathners[19]) darauf, daß, wenn Jemand eine Erklärung schriftlich abgebe, dies in der Absicht geschehe, daß

18) a. a. O. S. 15.
19) a. a. O. S. 18.

die Erklärung Geltung haben ſolle und daß daher die Nichtberückſichtigung der in den dem Gerichte übergebenen Schriftſätzen niedergelegten Erklärungen mit der im gewöhnlichen Leben geltenden Auffaſſung von der Bedeutung ſchriftlicher Erklärungen im Widerſpruche ſtehe, iſt aus dem Grunde wenig geeignet, die Beibehaltung des Schriftlichkeitsprincips zu rechtfertigen, weil die Erklärungen der Parteien in den vorbereitenden Schriftſätzen nach dem im Entwurfe angenommenen Syſteme und überall da, wo das Mündlichkeitsprincip zur Anerkennung gelangt iſt, nicht dem Gerichte, ſondern nur dem Gegner gegenüber abgegeben werden, das Vorverfahren alſo nicht vor dem Gerichte, ſondern lediglich zwiſchen den Parteien unter ſich abgeſetzt und die Concurrenz des Gerichts nur zum Zwecke der Terminsbeſtimmung gefordert wird, während ſich die Parteien nach dem Entwurfe zur Zuſtellung der Schriftſätze zwar nach §. 236. der Mitwirkung des Gerichtsſchreibers bedienen dürfen, ſich dieſer Mitwirkung aber nach §. 243. 248. und 249. nicht nothwendig bedienen müſſen, und die Vorſchrift in §§. 237 flg., daß ein Exemplar des Schriftſatzes ſammt der Zuſtellungsurkunde zu den Acten zu nehmen ſei, abgeſehen von der Conſtatirung der richtig erfolgten Zuſtellung durch eine beweiskräftige Urkunde (§. 239. Abſatz 2.) eben nur den Zweck hat, das Gericht von dem Inhalte der nicht ihm, ſondern dem Gegner gegenüber abgegebenen Erklärungen vorläufig in Kenntniß zu ſetzen und demſelben dadurch die Leitung der den Schwerpunkt der Procedur bildenden mündlichen Verhandlung zu erleichtern, wie denn auch die Mittheilung der Schriftſätze an den Gegner lediglich die Vorbereitung dieſer mündlichen Verhandlung bezweckt und die Partei, von welcher der Schriftſatz ausging, abgeſehen von der Klage und der Einlegung von Rechtsmitteln, an den Inhalt deſſelben noch keineswegs bindet. Hierdurch erledigt ſich zugleich die Hinweiſung Plathners[20]) darauf, daß die Partei, weil das Gericht ihre in den vorbereitenden Schriftſätzen niedergelegten Erklärungen nicht berückſichtigen müſſe, ein Recht weniger, dagegen, weil ſie die Sache im Termine mündlich vortragen müſſe, eine Verpflichtung mehr habe. Denn nach dem von ihm empfohlenen Syſteme liegt die letztere Verpflichtung der Partei, wenn ſchon nicht in der mündlichen Verhandlung, ſo doch im ſchriftlichen Verfahren ob,

20) a. a. O. S. 19.

und das Recht, die Berücksichtigung ihrer Erklärungen zu verlangen, hat die Partei nach dem Entwurfe freilich nicht insoweit, als diese Erklärungen in dem nicht für das Gericht, sondern für den Gegner bestimmten Schriftsätzen enthalten sind, wohl aber insoweit, als sie dieselben in der mündlichen Verhandlung und zwar erst hier zu dem Zwecke abgiebt, damit darauf bei Fällung der Entscheidung Rücksicht genommen werde.

Zweifelhafter könnte es scheinen, ob nicht das erkennende Gericht trotz des Mündlichkeitsprincips wenigstens an die nach §. 389. im Sitzungsprotocolle erfolgten Feststellungen von Anträgen und sonstigen Parteierklärungen gebunden sein müsse. Ausdrücklich entschieden hat die Commission diese Frage nicht. Vielmehr beschloß dieselbe S. 598. der Protocolle, von der Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber abzusehen. Ich möchte dies beklagen, weil das Gesetz durch Aufnahme einer klaren, jeden Zweifel von vorn herein ausschließenden Entscheidung einer so wichtigen Frage durchsichtiger geworden wäre. Darüber kann freilich nach dem dem Entwurfe zu Grund gelegten Systeme kein Zweifel sein, daß die Frage im verneinenden Sinne zu entscheiden ist, daß also die protocollarischen Feststellungen, wie die Schriftsätze, nur die Information des Gerichts bezwecken, nicht aber eine dasselbe schlechterdings bindende Unterlage bilden sollen. Dies ergiebt sich nicht nur aus §. 287., wornach die mündliche Verhandlung, sofern nicht die Proceßordnung ein Anderes bestimmt, die ausschließliche Grundlage für die mündliche Verhandlung und zwar nach §. 390. auch dann bildet, wenn die protocollarische Feststellung unterblieben ist, sondern auch aus den Protocollen S. 598., nach denen bei der Fassung des gedachten Beschlusses ausdrücklich hervorgehoben worden ist, daß zwar in der Regel die in dem Urtheile erfolgte Feststellung entscheidend sein werde, daß aber Fälle denkbar seien, wo die Glaubwürdigkeit dieser Feststellung durch das Sitzungsprotocoll gemindert werden könne, und daß daher das richterliche Ermessen hierbei nicht beschränkt werden dürfe, mithin dieses Ermessen bei Entscheidung der Frage, welcher Werth den protocollarischen Feststellungen beizumessen sei, allein maßgebend sein soll. Es ist dies auch eine unbestreitbare Consequenz des Mündlichkeitsprincips. Eine das Gericht an diese protocollarischen Feststellungen bindende Vorschrift würde in der Praxis sicher nur dazu führen, daß das gesammte mündliche Vorbringen

durch das Sitzungsprotocoll fixirt und damit statt der Mündlichkeit mit ihren selbst von den Gegnern anerkannten Vorzügen, die Schriftlichkeit und zwar diese in ihrer verwerflichsten, der protocollarischen, Form zur Regel gemacht würde. Man kann zugeben, daß die Richter, zumal in verwickelten Fällen, wenn es zur Entscheidung kommt, ihrem Gedächtnisse durch Vergleichung des Inhalts der Schriftsätze und der im Sitzungsprotocolle etwa enthaltenen Feststellungen zu Hülfe kommen werden. Ja diese Feststellungen haben recht eigentlich den Zweck, eine solche Benutzung möglich zu machen. Daraus folgt aber nicht, wie Plathner[21]) meint, daß es trotz des Mündlichkeitsprincips factisch dennoch die schriftlichen Unterlagen seien, welche die Unterlagen der Entscheidung bilden. Vielmehr werden dieselben nur insofern einen willkommenen Anhalt gewähren, als ihr Inhalt nicht durch die in der Verhandlung abgegebenen mündlichen Parteierklärungen modificirt worden ist, dadurch aber zur Klärung und Befestigung der richterlichen Ueberzeugung beitragen und die Fällung der Entscheidung wesentlich erleichtern. Das Gericht wird also zwar die im Sitzungsprotocolle fixirten Anträge und Erklärungen selbstverständlich im Thatbestande nicht mit Stillschweigen übergehen, aber davon, da es an dieselben nach dem Mündlichkeitsprincipe consequenter Weise nicht gebunden ist und nicht gebunden sein kann, auf Grund anderer einschlagender Momente abgehen können, und wenn es ein solches Abgehen für nöthig hält, auf die Beweggründe hierzu ausdrücklich Bezug nehmen. Allein ein Nichtigkeitsgrund wird auch dann, wenn dies nicht geschehen ist, aus dem Widerspruche zwischen den protocollarischen Feststellungen und dem Thatbestande im Urtheile niemals entlehnt werden können, und ist daraus auch nach §. 814. Ziff. 2. keinesweges zu entlehnen, da der dort erwähnte Nichtigkeitsfall, welchen Plathner[22]) hierher ziehen zu dürfen glaubt, sich offenbar auf den Fall beschränkt, wenn die im Entwurfe ausnahmsweise beibehaltenen Beweisregeln verletzt sind, eine Beweisregel aber, daß das Gericht an die protocollarischen Feststellungen gebunden sei, nirgends aufgestellt ist, und wenn sich die Commission keiner Inconsequenz schuldig machen wollte, nicht aufgestellt werden konnte.

---

21) a. a. O. S. 70. Vergl. auch Hagen a. a. O. S. 12 fg.
22) a. a. O. S. 69.

Wenn Plathner[23]) weiter daran Anstoß nimmt, daß die Feststellung des Parteivorbringens erst in dem dem Urtheile oder Beweisbescheide einverleibten Thatbestande erfolge, demnach nicht den Parteien selbst überlassen, sondern ganz in die Hand des Gerichts gelegt sei, so läßt sich auch daraus kein Bedenken gegen das dem Entwurfe zu Grunde gelegte System entnehmen. Zwar darf man die Bedeutung dieses Thatbestandes nicht unterschätzen. Denn wenn schon derselbe bei der Zulassung neuer Anführungen in der Berufungsinstanz (§. 762.), abgesehen von einigen nach §§. 765. und 766. auch für die Berufungsinstanz wirksamen Parteierklärungen, für den Berufungsrichter nur insofern maßgebend ist, als dieser darnach zu bemessen hat, ob und inwieweit das Parteivorbringen ein neues und ob daraufhin nach §. 770. die Verurtheilung der Partei in die Instanzkosten auszusprechen sei, so kann doch die Partei nicht blos in diesem Falle, sondern auch dann an der Richtigkeit des Thatbestandes ein sehr erhebliches Interesse haben, wenn die Frage entsteht, ob Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel oder Einwendungen gegen solche, mit denen sie nach §§. 394. 449. u. 450. nach dem Schlusse der Hauptverhandlung nicht mehr gehört wird, welche aber im Beweisbescheide mit Stillschweigen übergangen sind, von ihr rechtzeitig vorgebracht wurden und ob ihr der im §. 814. Ziff. 1. u. 2. erwähnte Nichtigkeitsgrund gegen ein Endurtheil der Berufungsinstanz zur Seite stehe. Daraus folgt aber nicht, wie Plathner meint, daß die Feststellung des Thatbestandes den Parteien überlassen und damit das Mündlichkeitsprincip aufgegeben werden müsse. Vielmehr wird sich nur daraus entnehmen lassen, daß der Entwurf insofern zu weit gegangen ist, als er den Parteien jede Möglichkeit abschneidet, die nachträgliche Berichtigung des Thatbestandes herbeizuführen. In dieser Beziehung war gewiß der Hannöversche Entwurf nach Vorgang der Hannöverschen Proceßordnung (§. 360. Absatz 2.) den rechten Weg gegangen, wenn dort nicht blos in §. 262., wie in gleicher Weise in §. 403. des Norddeutschen Entwurfes, die Berichtigung von Schreib- oder Rechnungsfehlern und anderen ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten im Urtheile jederzeit, sondern auch in §. 263. der Antrag auf Berichtigung, Ergänzung und Erläuterung des Thatbestandes eine Woche lang ge-

23) a. a. O. S. 19 fg.

ſtattet und dem Gerichte die Verpflichtung auferlegt war, nach vorgängiger Verhandlung hierüber Beſchluß zu faſſen. Zur Rechtfertigung der Ausſchließung ſolcher Anträge hat man ſich S. 597. der Protocolle darauf bezogen, daß die Zulaſſung derſelben im Principe nicht zu billigen, practiſch von geringem Werthe und beſonders mit Rückſicht auf die Beſtimmung im Hannöverſchen Entwurfe, wornach die in Folge des Antrags geſchehene Berichtigung oder Ergänzung des Thatbeſtandes an ſich eine Aenderung des übrigen Inhalts des Urtheils nicht zur Folge haben ſolle, für die richterliche Autorität gefährdend ſei, gegen etwaige Fehler des Thatbeſtandes aber die Verhandlung in der höhern Inſtanz ausreichenden Schutz gewähre, während von anderer Seite unter der Verſicherung, daß die Vorſchriften des §. 360. der Hannöverſchen Proceßordnung zu practiſchen Unzuträglichkeiten nicht geführt und überhaupt nicht häufig Anwendung gefunden hätten, zur Empfehlung der Geſtattung des Antrags auf Berichtigung und Ergänzung des Thatbeſtandes theils auf die Wichtigkeit, welche dieſem Thatbeſtande immerhin beizulegen ſei, theils darauf hingewieſen wurde, daß über die Richtigkeit des Thatbeſtandes im Urtheile der erſten Inſtanz nur der Richter dieſer Inſtanz, nicht der Berufungsrichter erkennen könne.

Nach meinem Dafürhalten ſind dieſe letzteren Gründe gewichtig genug, um ſich für die Geſtattung des Antrags auf Berichtigung oder Ergänzung des Thatbeſtands zu verwenden. Zunächſt iſt mir der dagegen erhobene Einwand, daß die Geſtattung deſſelben im Principe nicht zu billigen ſei, im Mangel jeder Motivirung völlig unverſtändlich geblieben, da das hier in Betracht kommende Mündlichkeitsprincip einem Antrage ſchwerlich im Wege ſteht, welcher nur den Zweck hat, die nachträglich erfolgte, im Entwurfe ſelbſt als nothwendig anerkannte Fixirung des mündlichen Vorbringens der Parteien durch den Richter berichtigen und ergänzen zu laſſen. Eine Gefährdung der Autorität des Gerichts, wenn daſſelbe dem Antrage gemäß den irrthümlich abgefaßten Thatbeſtand berichtigt oder ergänzt, vermag ich ebenſowenig anzuerkennen, würde auch dieſer Befürchtung im Intereſſe des guten Rechts alle und jede Berechtigung abſprechen müſſen, und daß die Geſtattung des Antrags practiſch von geringem Werthe ſei, wird zwar vielleicht inſofern zugegeben werden können, als die Parteien in Hannover von ihrem Rechte, den Antrag zu ſtellen, nur in

verhältnißmäßig seltenen Fällen Gebrauch machen, allein zur gänzlichen Ausschließung desselben keinen ausreichenden Grund abgeben, wenn man erwägt, daß es den Parteien nach dem oben Ausgeführten unter Umständen von großem Werthe sein kann, eine Berichtigung oder Ergänzung des Thatbestandes zu erlangen. Zwar soll und kann der Antrag, wenn man ihn nicht zu einem förmlichen Rechtsmittel ausbilden will, eine Aenderung des übrigen Inhalts der Entscheidung selbstverständlich nicht zur Folge haben. Vielmehr geht der Zweck desselben nur dahin, für die weitere Verhandlung in der nämlichen oder in der höheren Instanz das Material festzustellen, dessen sich die Parteien in der mündlichen Verhandlung bedient hatten, und das Interesse zu schützen, welches sie an der Richtigkeit des Thatbestandes haben. Dieses Interesse ist aber unter Umständen ein so erhebliches, daß ihm gegenüber das einzige einigermaßen stichhaltige Bedenken, welches man gegen die Zulassung des Antrags auf Berichtigung oder Ergänzung des Thatbestandes erheben könnte, die möglicher Weise damit verbundene Verzögerung des Verfahrens, schon an sich nicht in Betracht kommen kann, und um so weniger ins Gewicht fällt, als dem Antrage nach §. 265. des Hannöverschen Entwurfes mit Recht die Suspensivkraft entzogen oder doch nur nach richterlichem Ermessen eingeräumt ist. Eine Aenderung des Entwurfes in dieser Beziehung halte ich daher für dringend wünschenswerth.

Die von Plathner[24]) hervorgehobene Gefahr, daß die mündlichen Erklärungen im Termine nicht so abgegeben und aufgefaßt werden könnten, wie es in ihrer Absicht liege, wird nicht nur durch den von ihm, und zwar, wie ich nach dem oben Ausgeführten annehme, aus ungenügenden Gründen getadelten Anwaltszwang wesentlich gemindert, sondern auch durch die bei schriftlicher Abfassung der maßgebenden Parteierklärungen weit größere Gefahr, daß das Gericht durch wohlüberlegte, auf Schrauben gestellte, chicaneuse Erklärungen irre geführt werde, vollständig aufgewogen.

Erheblicher ist dasjenige, was Plathner[25]) von dem stetigen Fortschreiten des Processes nach dem von ihm empfohlenen Systeme

24) a. a. O. S. 72.
25) a. a. O. S. 19.

ſagt, indem er darauf hinweiſt, daß der Proceß nach dem Entwurfe dann nicht fortſchreite, wenn in einem Termine die Sache zur Faſſung eines richterlichen Beſchluſſes noch nicht reif ſei und in Folge der Vertagung ein neuer Termin nöthig werde. Denn da nach dem Entwurfe die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen iſt, daß eine Partei, auch diejenige, welche zur Vertagung ſelbſt Veranlaſſung gegeben hatte, vor dem Schluſſe der Verhandlung in dem ſpäteren Termine immer und immer wieder mit neuen Behauptungen hervortritt, welche ſie bereits in einem früheren Termine hätte vorbringen können, und welche weitere Vertagung nöthig erſcheinen laſſen, ſo muß man dies allerdings als einen Uebelſtand betrachten, welchem abzuhelfen die Aufgabe des Geſetzgebers war und welchem der Entwurf ebenſowenig genügend abgeholfen hat, als die Hannöverſche Proceßordnung und der Hannöverſche Entwurf. Indeß wird auf dieſen Vorwurf, da es ſich hierbei weniger um das dem Entwurfe zu Grunde gelegte Mündlichkeitsprincip, als um die Frage handelt, ob die Commiſſion rückſichtlich des Eventualprincips den rechten Weg gegangen ſei, weiter unten zurückzukommen ſein.

Schlüßlich mag zur Widerlegung der Vorſchläge Plathners nur noch darauf hingewieſen werden, daß dieſe Vorſchläge ſchon deshalb völlig unbrauchbar ſind, weil nach denſelben die Oeffentlichkeit der Verhandlungen ihre jetzt allgemein zugegebene Bedeutung für die Rechtspflege in der Hauptſache verlieren würde. Denn wenn es den Parteien nach dem von ihm S. 27. Ausgeführten nur freiſteht, nicht obliegt, den Streitſtand mündlich vorzutragen, dieſelben mithin vom mündlichen Vortrage des Streitmaterials entweder ganz abſehen, oder doch auf einzelne Bruchſtücke daraus ſich beſchränken dürfen, würde das Publicum von dieſem Streitſtande möglicher Weiſe und bei der Bedeutungsloſigkeit des mündlichen Vortrags ſogar in der Regel nur durch das Referat des nach Plathners Vorſchlag[26]) in jedem Proceſſe zu beſtellenden Referenten, alſo nur mittelbar Kenntniß erhalten und demnach auf die erheblichen Vortheile der Oeffentlichkeit der Verhandlung im Weſentlichen verzichtet werden müſſen.

Damit ſind auch die vom entgegengeſetzten Standpunkte aus,

---

26) a. a. O. S. 26.

namentlich von v. Mittelstädt[27]), gegen den Ausbau des Mündlichkeitsprincips im Entwurfe erhobenen Bedenken in der Hauptsache widerlegt. Derselbe bezeichnet S. 92 flg. die Existenz von Gerichtsacten als eine Abschwächung bez. Vernichtung des Mündlichkeitsprincips und redet der gänzlichen Abschaffung dieser Gerichtsacten das Wort. Er betrachtet das Gebot der Niederlegung der Schriftsätze in den Gerichtsacten als eine Concession an das Schriftlichkeitsprincip, welche, da nach dem Entwurfe, der naturgemäßen Bedeutung der Schrift zuwider, erst das Wort der Schrift Geltung gebe, in der Praxis dazu führen müsse, daß das Gericht die etwaigen Differenzen zwischen der Schrift und dem Worte durch Ausübung des richterlichen Fragrechts beseitigen und dadurch die Schrift in ihre richtige Stellung wieder einsetzen werde, und giebt unter solchen Umständen dem Französisch-Rheinischen Verfahren den Vorzug, nach welchem dem durch Parteischriften nicht präoccupirten Richter durch den mündlichen Vortrag die erste und eine lebendige Anschauung vorgeführt werde, während nach dem Entwurfe der bereits aus den Acten informirte Richter, wie im gegenwärtigen Preußischen Processe, den mündlichen Vortrag als eine überflüssige Belästigung, der Anwalt aber denselben als verlorene Mühe ansehen und damit jeder Vortheil der mündlichen Form im Wesentlichen begraben werde.

Ich halte diese Bedenken und die daran geknüpften Befürchtungen durchaus für grundlos. Zuzugeben ist, daß das Gebot der Niederlegung der Schriftsätze in den Gerichtsacten unter der Herrschaft des Mündlichkeitsprincips nicht auf einer inneren Nothwendigkeit beruht, da diese Schriftsätze auf die Entscheidung keinen maßgebenden Einfluß ausüben. Vielmehr sind dieselben zunächst nicht für das Gericht, sondern für den Gegner bestimmt, um der Ueberstürzung der Parteien in der mündlichen Verhandlung und bez. den Vertagungen dieser Verhandlung vorzubeugen. Daraus folgt aber nicht, daß die gleichzeitige Niederlegung der Schriftsätze beim Gerichte mit dem Mündlichkeitsprincipe unvereinbar sei und daß dadurch das Verfahren zu einem schriftlichen werde. Diese Niederlegung der Schriftsätze, wie sie der Entwurf vorschreibt, be-

27) Beurtheilung einiger Abschnitte des Entwurfes einer Norddeutschen Proceßordnung, Berlin 1870. Vergl. auch Philippi a. a. O. S. 3 fg. Hagen a. a. O. S. 10 fg.

zweckt nicht die Herbeischaffung einer Grundlage für die Entscheidung, sondern lediglich die vorläufige Instruction des Gerichts, ist also nicht, wie v. Mittelstädt meint, völlig bedeutungslos, wohl aber von nur untergeordneter Bedeutung. Ihr Nutzen besteht darin, daß nicht blos die Parteien, sondern auch das Gericht vorläufig instruirt in die Verhandlung eintritt. Mit welchen Schwierigkeiten der Richter in irgendwie verwickelten Sachen zu kämpfen hat, wenn er ohne alle vorhergegangene Instruction auf Grund blos mündlicher Vorträge der Parteien entscheiden soll, wird jeder wissen, welcher jemals in der Lage war, die Verhandlungen in solchen völlig unvorbereiteten Sachen aus dem Stegreife leiten zu müssen [28]). Eine zweckmäßige Leitung der Verhandlung und Ausübung des Fragrechts setzt selbstverständlich die genaueste Kenntniß der einschlagenden Rechtssätze voraus und auch dem tüchtigsten Richter wird es geschehen können, daß es ihm an dieser Detailkenntniß im einzelnen Falle fehlt. Unter solchen Umständen ist es gewiß nur zu billigen, wenn ihm der Entwurf nach Vorgang der Hannöverschen Proceßordnung und des Hannöverschen Entwurfes die Möglichkeit eröffnet, sich durch Einsicht in die, freilich an sich nicht maßgebenden, aber, wie die Erfahrung lehrt, das Streitmaterial in den bei weiten meisten Fällen im wohlverstandenen Interesse der Parteien vollständig enthaltenden vorbereitenden Schriftsätze eine vorläufige Instruction zu verschaffen und dadurch der schiefen Behandlung der Streitsache in der Verhandlung bez. der Wiedereröffnung der bereits geschlossenen Verhandlung (§. 306.), oder einer falschen Entscheidung im Voraus vorzubeugen.

Von einer Umkehrung der Bedeutung des Wortes und der Schrift ist keine Rede, da die Schrift für das Gericht nur zu dem Zwecke vorhanden ist, um daraus die vorläufige Instruction in der Sache zu entnehmen. Wohl wird das Gericht in dem Falle, wenn das mündliche Vorbringen vom Inhalt der Schriftsätze abweicht, diese Abweichungen durch Ausübung seines Fragrechts bez. unter Feststellung derselben im Sitzungsprotocolle constatiren. Allein daraus folgt nicht, daß es die Schrift sei, welche die Unterlage der Entscheidung bildet, sondern nur, daß sie ein sehr wirk-

28) Vergl. Philippi a. a. O. S. 3.

sames Mittel sei, die allein maßgebende mündliche Verhandlung zu erleichtern und derselben den rechten Erfolg zu sichern.

Es ist also ebenso irrig, wenn v. Mittelstädt die Gerichtsacten als völlig bedeutungslos ansieht und ihre gänzliche Beseitigung empfiehlt, als wenn er die Existenz als eine Abschwächung oder gar als eine Vernichtung des Mündlichkeitsprincips bezeichnet. Vielmehr ist das Halten dieser Acten, wenn auch nicht nothwendig, doch jedenfalls nützlich, um den Gefahren vorzubeugen, welche das Mündlichkeitsprincip leicht im Gefolge hat, wenn das Gericht von der Sachlage zum ersten Male erst in der Hauptverhandlung Kenntniß erlangt, während eine Präoccupation der Richter darin aus dem Grunde nicht gefunden werden kann, weil dieselben an die Vorschrift gebunden sind, daß es das gesprochene Wort sei, welches die Unterlage der Entscheidung zu bilden habe, sie mithin nur dasjenige berücksichtigen dürfen, was die Parteien, und zwar möglicher Weise abweichend vom Inhalte der Schriftsätze, mündlich vortragen. Die Verhandlung selbst aber wird, da es sich hierbei nicht etwa um die Beobachtung einer bloßen Form, sondern um den eigentlichen Schwerpunkt der Procedur handelt, die angestrengteste Thätigkeit sowohl der Richter, als der Parteianwälte in Anspruch nehmen und unter solchen Umständen, wie die Erfahrung in Hannover lehrt, für die zu fällende Entscheidung eine vollkommen ausreichende Unterlage sein.

Ueberhaupt verkennt man das Wesen der Mündlichkeit, wenn man dasselbe in der gänzlichen Ausschließung jeder schriftlichen Fixirung des Parteivorbringens finden will. Vielmehr beruht ihr Wesen bei der selbstverständlichen Unentbehrlichkeit dieser Fixirung lediglich darin, daß dieses Vorbringen, soweit dies irgend thunlich und mit der Erreichung der Proceßzwecke vereinbar ist, nicht durch Vermittelung der Schrift, also auf mittelbarem Wege, sondern unmittelbar zur Kenntniß des erkennenden Richters gelangt und von diesem zur Bildung seiner Ueberzeugung benutzt wird, daß also nicht das geschriebene, sondern das gesprochene Wort den Schwerpunkt dieser Ueberzeugung bildet und der Richter an das erstere, obwohl er dasselbe benutzen darf, ja in zweiter Reihe benutzen soll, nicht schlechterdings gebunden ist. Wie es einerseits dieser Unmittelbarkeit der richterlichen Auffassung, auf welche das Mündlichkeitsprincip in seiner wahren Bedeutung zurückzuführen ist, zur Durchführung des auch von den Gegnern als unentbehr-

lich anerkannten Princips der freien Beweiswürdigkeit nothwendig bedarf, so kann andrerseits die Unterstützung der richterlichen Auffassung durch Fixirung bei irgendwie verwickelterem Streitmaterial nicht ganz entbehrt werden. Allein diese Fixirung hat insofern eine nur untergeordnete Bedeutung, als es dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, dieselbe bei Fällung der zunächst auf das gesprochene Wort zu stützenden Entscheidung in zweiter Reihe mitzuverwerthen und dadurch der bei rein mündlichem Verfahren immerhin mehr oder weniger vorhandenen Gefahr schiefer Auffassung vorzubeugen. Die vielfachen Anfeindungen, welche das Mündlichkeitsprincip von ganz entgegengesetzten Standpunkten aus erfahren hat, müssen vorzugsweise auf eine irrige Auffassung des gedachten Princips und darauf zurückgeführt werden, daß man sich des Aufgehens desselben in dem, von keiner Seite angefochtenen Principe der Unmittelbarkeit und des innigen Zusammenhanges desselben mit dem Principe der freien Beweiswürdigung nicht hinreichend bewußt gewesen ist, und werden nach Einführung der neuen Proceßordnung voraussichtlich ebensobald zum Schweigen gebracht werden, wie dies in Hannover geschehen ist. Nach meiner Ueberzeugung ist die Commission gerade in dieser Beziehung unter sorgfältiger Vermeidung der Extreme den allein richtigen Weg gegangen und eine Abänderung des Entwurfes weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin zu wünschen.

Ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung, wie solches der Hannöversche Entwurf nach Vorgang der Hannöverschen Proceßordnung in §§. 545. bis 566. ausnahmsweise noch gestattet hatte, kennt der Entwurf nicht. Vielmehr hat die Commission statt eines solchen schriftlichen Verfahrens in Hinblick auf die damit in anderen Ländern und namentlich in Hannover gemachten, für den geringen practischen Werth desselben den deutlichen Beleg liefernden Erfahrungen dem Bedürfnisse genauerer Instruction der hier vorzugsweise in Betracht kommenden Rechnungssachen, Auseinandersetzungen nnd ähnlicher, eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen betreffender Rechtsstreitigkeiten durch die in §. 713. getroffene Anordnung eines vorbereitenden Verfahrens vor einem beauftragten Richter in sehr zweckmäßiger Weise abzuhelfen gewußt. Hat man aber damit die letzten Reste eines durchaus schriftlichen Verfahrens vor den Landgerichten

beseitigt, so erscheint dies als einer der Vorzüge des Entwurfes vor anderen neueren Gesetzgebungsarbeiten, deren der Entwurf so viele hat.

§. 9.

Verhandlungsprincip.

Ganz vortrefflich sind die das Verhandlungsprincip und die Stellung des Gerichts überhaupt betreffenden Bestimmungen des Entwurfes[29]). Im Allgemeinen findet dasselbe Ausdruck in §. 401., wornach das Gericht nicht berechtigt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht verlangt ist, und davon nur in Betreff der Verpflichtung zur Tragung der Proceßkosten eine Ausnahme gemacht wird. Daneben hat das Recht der Parteien, den Proceß zu betreiben, in §. 395., und der Grundsatz, daß das Urtheil in der Berufungsinstanz nur insoweit abgeändert werden dürfe, als eine Abänderung beantragt ist, und daß Nichtigkeits- und Wiederaufnahmegründe der Prüfung nur insoweit unterliegen, als sie geltend gemacht worden sind, in §§. 773. 821. und 847. ausdrückliche Anerkennung gefunden. Allein im Uebrigen ist dem Gerichte, ohne die Parteirechte, zumal unter dem Schutze der Oeffentlichkeit und bei collegialer Verfassung des erkennenden Gerichts, irgendwie in bedenklicher Weise zu gefährden, nach allen Seiten hin eine freie Stellung angewiesen, wie solche bei mündlichem Verfahren unzweifelhaft erforderlich ist, um den Chicanen der Parteien einen wirksamen Damm entgegenzusetzen und die Verwirklichung des materiellen Rechts im formellen hinreichend zu sichern. Diese freiere Stellung des Gerichts äußert sich nicht blos in der amtlichen Berücksichtigung des Mangels der Proceßfähigkeit, der Proceßvollmacht, der Legitimation und Ermächtignng des gesetzlichen Vertreters (§§. 81. und 295.), wie überhaupt solcher Nichtigkeiten, auf welche die Partei nicht wirksam verzichten kann (§. 314.), und der Statthaftigkeit und Form der Rechtsmittel (§§. 419. 772. 805. 827. und 846.), sowie in der amtlichen Berichtigung der im Urtheile vorgekommenen Schreib- und Rechnungsfehler und sonstiger offenbarer Unrichtigkeiten (§. 403.), sondern auch in der dem Ermessen des Vorsitzenden überlassenen Leitung der Verhandlung (§. 291.), in der Befugniß des Gerichts, die Trennung, Verbindung

29) Gab a. a. O. S. 8 fg.

oder Ausſetzung der Verhandlung anzuordnen (§§. 300 flg. 87. 109. und 182.) und zu beurtheilen, ob eine nicht ausdrücklich beſtrittene Thatſache für zugeſtanden zu achten ſei (§. 294. Abſ. 3.), in der Ausübung des Fragrechts (§§. 295 flg. und 643.), in der Berechtigung, die Parteien zur Vorlegung von Urkunden, Stammbäumen, Plänen, Riſſen und ſonſtigen Zeichnungen zum Behuf der Aufklärung der Sache zu nöthigen (§. 298.), in der Berechtigung zur amtlichen Einleitung und Fortführung des zur Aufnahme des Beweiſes erforderlichen Verfahrens (§. 451.) und zur amtlichen Zuziehung von Sachverſtändigen und Erhebung des Augenſcheins (§. 299.), ſowie zur amtlichen Berückſichtigung ausländiſcher, gewohnheitsrechtlicher und ſtatutariſcher Rechtsnormen (§. 439.), ganz vorzugsweiſe aber in dem §. 430. aufgeſtellten Grundſatze, daß das Gericht die Beweisfrage nach freier Ueberzeugung zu entſcheiden habe, ohne dabei an geſetzliche Beweisregeln gebunden zu ſein — Princip der freien Beweiswürdigung[30]). Dieſes Princip, deſſen Beſchränkungen die Commiſſion auf ein möglichſt geringes Maß zurückgeführt hat, bedarf, da über die Unentbehrlichkeit deſſelben bei mündlichem Verfahren gegenwärtig kaum noch eine Meinungsverſchiedenheit beſteht, keiner ausführlichen Rechtfertigung und kann ich in dieſer Beziehung auf das von mir hierüber in meiner Kritik des Sächſiſchen und Hannöverſchen Entwurfes Ausgeführte füglich verweiſen. Namentlich ſind auch die in §. 432. enthaltenen, die Ermittelung von Schädenanſprüchen betreffenden Beſtimmungen, wodurch zugleich der bisherige Schätzungseid beſeitigt wird, durchaus zweckmäßig. Nur gegen die auf den Gebrauch der Sachverſtändigen und auf die Beurtheilung ihrer Ausſagen bezüglichen Vorſchriften laſſen ſich nach meinem Dafürhalten gewichtige Bedenken erheben, auf welche weiter unten zurückzukommen ſein wird.

Auch dasjenige, was der Entwurf zur Beſchränkung des Princips der freien Beweiswürdigung in §. 431. über die dem bürgerlichen Rechte angehörenden Rechtsvermuthungen, in §§. 433. bis 436. über das in einer mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, oder zum Protocolle eines beauftragten oder erſuchten Richters im betreffenden Proceſſe ſelbſt abgelegte

30) Gab a. a. O. S. 37 flg.

(gerichtliche[31]) Geständniß, im Gegensatze zu anderen, gleichviel ob in Schriftsätzen enthaltenen, oder in anderen Processen, oder außerhalb des Processes mit oder ohne gerichtliche Concurrenz abgelegten (außergerichtlichen) Geständnissen, in §. 438. über die Offenkundigkeit[32]) und in §. 439. über die Berücksichtigung gewohnheitsrechtlicher oder statutarischer und ausländischer Rechtsnormen, sowie in §§. 535 flg. über die Beweiskraft der Urkunden und in §. 592. über die Beweiskraft des Eides bestimmt, ingleichen die in §. 440. erfolgte allgemeine Aufhebung der, bei gewissen Verhältnissen einzelne Beweismittel ausschließenden landesgesetzlichen Vorschriften ist durchaus zweckmäßig. Namentlich empfiehlt sich die in §. 434. Abs. 2. enthaltene, das gerichtliche Geständniß betreffende Bestimmung, wornach es dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, zu beurtheilen, inwiefern eine vor Gericht abgegebene, eine Thatsache einräumende Erklärung, ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniß anzusehen sei, da, wie Seite 689 flg. u. 698 flg. der Protocolle mit Recht geltend gemacht wurde, weder die dem französischen Rechte entsprechende ausdrückliche Sanctionirung der Untheilbarkeit des Geständnisses mit ihren verschiedenen Auslegungen, noch die ausdrückliche Betonung der Theilbarkeit desselben mit dem Principe der freien Beweiswürdigung vereinbar gewesen sein würde[33]). In diesem Sinne hat sich auch der fünfte deutsche Juristentag bereits ausgesprochen[34]). Ebenso finde ich es vollkommen gerechtfertigt, wenn man S. 712. der Protocolle im Falle der bei der mündlichen Verhandlung von Seiten einer Partei erfolgten gänzlichen oder theilweisen Anerkennung des gegen sie erhobenen Anspruchs der Gegenpartei das Recht einräumte, die Fällung eines der Rechtskraft fähigen vollstreckbaren Urtheils zu verlangen, und diesem Beschlusse in §. 357. Ausdruck gab, da dem Berechtigten auch dann, wenn die erfolgte Anerkennung im Protocolle fixirt

31) Recht bezeichnend ist dieser Ausdruck freilich nicht, indeß schon bisher für das proceßgerichtliche Geständniß vielfach üblich gewesen.

32) Einer Bestimmung hierüber würde es, wie Hagen a. a. O. S. 25 bemerkt, bei freier Beweiswürdigung nicht einmal bedurft haben; bedenklich ist aber die Aufnahme nicht.

33) Dies übersehen Hagen a. a. O. S. 24 fg. und Philippi a. a. O. S. 10.

34) Verhandlungen, Bd. II. S. 239 fg.

worden iſt, an der Erlangung eines ſolchen Urtheils gelegen ſein kann, die Frage aber, ob dieſes Protocoll in ähnlicher Weiſe, wie dies in §. 645. Ziff. 7. des Hannöverſchen Entwurfes vorgeſchlagen worden war, vollſtreckbar ſei, erſt in dem die Zwangsvollſtreckung betreffenden Abſchnitte zu entſcheiden ſein wird.

Dagegen kann ich mich mit der in §. 437. des Entwurfes enthaltenen, den Einfluß der rechtskräftigen Verurtheilung im Strafproceſſe auf die Beweisfrage im bürgerlichen Rechtsſtreite betreffenden Beſtimmung aus den von Planck[35]) in erſchöpfender Weiſe dargelegten Gründen, denen der ſiebente deutſche Juriſtentag beigetreten iſt[36]), in keiner Weiſe befreunden.

Darüber, daß es der Concurrenz der Staatsanwaltſchaft im Civilproceſſe nicht bedarf, habe ich mich in meiner Kritik des Sächſiſchen und Hannöverſchen Entwurfes Seite 23 flg. und 35. ausführlich ausgeſprochen. Die Gründe, aus denen ſich Philippi[37]) für die Einführung, beziehentlich Beibehaltung dieſes Inſtituts verwendet, genügen nach meiner Anſicht nicht, das von mir dort Ausgeführte zu widerlegen.

§. 10.
Eventualprincip.

Rückſichtlich des Eventualprincips ſtimmt der Entwurf mit den meiſten neueren Geſetzgebungsarbeiten inſofern überein, als dieſes Princip, zwar abweichend vom Franzöſiſch-Rheiniſchen Verfahren, beibehalten worden iſt, aber diejenigen ſehr erheblichen Beſchränkungen erfahren hat, welche nöthig ſind, wenn daſſelbe nicht in ein Mittel zur Chicane ausarten und der Verdrängung des materiellen Rechts durch das formelle in unerträglicher Weiſe Vorſchub leiſten ſoll. Anerkennung hat dieſes Princip vorzugsweiſe in den §§. 394. 449. und 450. in Verbindung mit den §§. 288 bis 290. gefunden, wornach die mündliche Verhandlung auch dann, wenn ſie in Folge von Vertagungen aus mehren Terminen zuſammengeſetzt iſt, bis zu ihrem Schluſſe als ein Ganzes anzuſehen iſt und die Parteien mit den während derſelben vorzunehmenden Handlungen, ſoweit ſie dieſe Handlungen nicht bis zum

35) Verhandlungen des ſiebenten deutſchen Juriſtentages, Bd. I. S. 1 fg.
36) Verhandlungen, Bd. II. S. 164 fg. 178.
37) a. a. O. S. 10 fg.

Schlusse der Verhandlung vorgenommen haben, ohne daß es einer ausdrücklichen Androhung dieses Rechtsnachtheils bedarf, ausgeschlossen werden, demnach aber nach dem Schlusse der Verhandlung über die Hauptsache neue selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel und Beweismittel, sowie neue thatsächliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit, rechtliche Wirksamkeit oder Glaubwürdigkeit eines Beweismittels in der Instanz nur insoweit geltend gemacht werden können, als die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben schon bei der Hauptverhandlung vorzubringen, oder daß ein rechtzeitig angegebenes Beweismittel, an dessen Stelle das neue treten soll, ohne ihr Verschulden verloren gegangen sei. Indeß erleidet diese Bestimmung mehrfache überaus zweckmäßige Modificationen. So ist die Nachbringung neuer Klaggründe nach §. 394. Abs. 1. in Verbindung mit dem in §. 183. Ziff. 3. enthaltenen Verbote der Klagänderung, soweit es sich nicht blos um Ergänzung oder Berichtigung der Klagthatsachen handelt (§. 188. Ziff. 1), schon nach Eintritt der Rechtshängigkeit, also nach Zustellung der Klage ausgeschlossen und nur mit Genehmigung des Beklagten zulässig, was nach §. 192. Abs. 2. in gleicher Weise von der nicht-connexen Widerklage gilt, während das Recht, einen Richter abzulehnen, nach §. 17. schon dadurch, daß die Partei bei dem betreffenden Richter sich in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Proceßkosten aber nach §. 151. Abs. 3., die Benennung des Autors nach §. 113. sowie die Vorschützung der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts und aller übrigen proceßhindernden Einreden nach §§. 67. und 393. schon dadurch ausgeschlossen wird, daß der Beklagte bereits zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Auf neue Thatsachen, welche zur näheren Begründung einer rechtzeitig vorgeschützten Einrede, connexen Widerklage, Replik ꝛc. dienen, sowie auf solche selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel, auf welche die Partei nicht wirksam verzichten kann, erstreckt sich das Eventualprincip nicht, indem diese nach §. 394. Abs. 2. auch nach dem Schlusse der Hauptverhandlung ohne Glaubhaftmachung eines Behinderungsgrundes zugelassen werden sollen. Auch sind nach §. 394. Abs. 3. und §. 449. Abs. 2. dann, wenn einmal neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel zugelassen werden, beide Parteien weder in Ansehung eines neuen Vorbringens, noch in Ansehung

neuer Beweismittel beſchränkt, und ebenſo kann nach §. 449. Abſ. 1. am Ende in dem Falle, wenn nach dem Schluſſe der Hauptverhandlung ein neues Beweismittel zugelaſſen wird, die andere Partei ſich neuer Beweismittel bedienen. Endlich können nach §. 450. Abſ. 2. ſolche neue Einwendungen gegen die Zuläſſigkeit, rechtliche Wirkſamkeit oder Glaubwürdigkeit eines Beweismittels, welche eines Beweiſes nicht bedürfen, oder ſofort durch öffentliche Urkunden erwieſen werden, oder auf welche die Partei nicht verzichten kann, auch nach dem Schluſſe der Hauptverhandlung noch erhoben werden. In der Berufungsinſtanz, in welcher der Rechtsſtreit innerhalb der durch die Berufungsanträge beſtimmten Grenzen ganz von Neuem verhandelt wird (§. 760.), ſind die Parteien, abgeſehen von der auch hier unabänderlich bleibenden Klage und von einigen in §§. 765 bis 768. beſtimmten Ausnahmen, an das von ihnen in der Unterinſtanz beigebrachte Streitmaterial nicht gebunden, vielmehr nach §§. 762. und 763. befugt, neue dort nicht geltend gemachte Angriffs- und Vertheidigungsmittel, insbeſondere neue Thatſachen und Beweismittel zu brauchen, ſowie die in der erſten Inſtanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatſachen, über Urkunden, oder über Eideszuſchiebungen, unbeſchadet des freien Ermeſſens des Gerichts rückſichtlich der Wirkung der ſtattgefundenen Verſäumung oder Weigerung, nachzuholen, während ſich nach §. 764. die Zuläſſigkeit eines neuen Vorbringens oder der Nachholung einer Erklärung nach dem Schluſſe der Hauptverhandlung auch in der Berufungsinſtanz nach §§. 394. 449. und 450. beſtimmt.

Ich halte dieſe Beſtimmungen im Allgemeinen für zweckentſprechend[38]) und durch die Einführung der Mündlichkeit des Verfahrens für geboten. Denn wenn ich auch den Bedenken v. Mittelſtädt's[39]) gegen die Beibehaltung des Eventualprincips überhaupt bei der Nützlichkeit dieſes Princips, welche er gänzlich verkennt, nicht beipflichten kann und es entſchieden für einen Irrthum halte, wenn derſelbe S. 48. von franzöſiſchen Anſchauungen ausgehend behauptet, daß das in Deutſchland ausgebildete Eventualprincip eine gegen die obſervanzmäßige Unſterb-

38) Gab a. a. O. S. 22 fg.

39) a. a. O. S. 48 fg. und 96 fg. Vergl. auch Philippi a. a. O. S. 5. Hagen a. a. O. S. 18 fg.

lichkeit der gemeinrechtlichen Processe eingeführte Schutzwaffe, eine Vergewaltigung sei, welche die Grenzen der Nothwehr überschreite und doch nicht genüge, da diese Bedenken nicht das Princip an sich, sondern nur seine unter der Herrschaft des Schriftlichkeitsprincips kaum vermeidbare extreme Durchführung treffen, so wird doch anderseits nicht bezweifelt werden können, daß das Eventualprincip im mündlichen Verfahren im Interesse der Förderung des Rechts sehr erheblichen Beschränkungen unterliegen muß. Der Entwurf hat in dieser Beziehung, wie mir scheint, im Allgemeinen das rechte Maß innegehalten und das Princip, ohne dasselbe ganz aufzugeben, dergestalt beschränkt, daß seine nachtheiligen Einflüsse auf die Rechtsermittelung vollständig beseitigt sind. Namentlich wird sich weder gegen die Beschränkung des Verlusts der nicht gebrauchten selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Einwendungen gegen solche auf die Instanz, noch gegen die ziemlich unbeschränkte Gestattung neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz mit Grund etwas einwenden lassen, da das Eventualprincip überall da, wo den Parteien aus der Nichtbenutzung des Streitmaterials kein Vorwurf gemacht werden kann, im Interesse der Ermittelung der materiellen Wahrheit keine Anwendung finden darf, der Schutz aber, welchen die Berufungsinstanz gewähren soll, ein weit wirksamerer ist, wenn dort innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge eine nochmalige vollständige Erörterung des streitigen Rechtsverhältnisses stattfindet, die Parteien also auch mit solchem Material noch gehört werden, welches sie in erster Instanz, gleichviel aus welchem Grunde, zu brauchen unterließen. Der Gefahr, daß diese Zulassung neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz zur Chicane gemißbraucht werden könnte, ist durch die Bestimmung in §. 770. vorgebeugt, daß die auf Grund eines solchen neuen Vorbringens obsiegende Partei ganz oder theilweise in die Kosten der Berufungsinstanz verurtheilt werden könne.

Auch die die Wirkung des Eventualprincips in der Instanz erheblich beschränkende Bestimmung in §. 394. Abs. 2., daß zur Begründung der rechtzeitig gebrauchten selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (Einreden, connexe Widerklagen, Repliken ꝛc.) dienende Thatsachen in der Instanz auch nach dem Schlusse der Hauptverhandlung noch Beachtung finden sollen, giebt mir zu Bedenken keine Veranlassung, zumal da sich diese nach-

trägliche Zulassung neuer Thatsachen, wie sich nicht blos aus den Protocollen S. 648 flg. u. 550., sondern auch aus §. 449. Abs. 2. ergiebt, auf den Fall beschränkt, wenn diese Thatsachen bei Gelegenheit der Benutzung der rechtzeitig gebrauchten Beweismittel, oder aus späteren ausdrücklichen oder stillschweigenden bez. fingirten Zugeständnissen der Gegenpartei ergeben haben, oder durch eine vom Richter von Amtswegen vorgenommene Augenscheineinnahme oder Abhörung von Sachverständigen gewiß geworden sind. Zur Rechtfertigung dieser Beschränkung des Eventualprincips hat man sich S. 649. der Protocolle nicht nur darauf, daß die Präclusion der Parteien mit neuen Thatsachen, soweit sie sich nicht bei der Beweisaufnahme selbst ergeben, mit dem Mündlichkeitsprincipe unvereinbar sei, was schwerlich richtig ist, sondern namentlich auch und zwar gewiß mit Recht darauf bezogen, daß die Beweisaufnahme im mündlichen Verfahren im Wesentlichen nur als Incidentpunkt zu behandeln ist, und daß sich daher die Parteien innerhalb der rechtzeitig geltend gemachten selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche gewissermaßen den Rahmen des gesammten thatsächlichen Vorbringens bilden, frei müssen bewegen können, daß es auch, da weder das Protocoll, noch die nur gedrängt zu fassende Darstellung des Thatbestandes über die Hülfsthatsachen hinreichende Auskunft geben, an Mitteln fehlt, dergleichen neue Anführungen abzuschneiden. Die Parteien werden von der Ermächtigung, neue Thatsachen, welche sie schon in der Hauptverhandlung vorbringen konnten, nachträglich vorzubringen, soweit dieselben nicht durch amtliche Besichtigung oder Zuziehung von Sachverständigen festgestellt werden können, ohnehin in ihrem wohlverstandenen Interesse nicht leicht Gebrauch machen, da ihnen die Nachbringung von Beweismitteln insoweit, als sie sich derselben schon in der Hauptverhandlung hätten bedienen können, nach dieser Zeit untersagt, und auf ein Zugeständniß des Gegners oder auf zufällige Ermittelung derselben bei der Beweisaufnahme mit Bestimmtheit nicht zu rechnen ist. Vielmehr wird jede Partei, gleichviel ob sie sich der natürlichen oder künstlichen Beweisführung bedienen will, bestrebt sein, das ihr nützliche thatsächliche Material schon in der Hauptverhandlung so vollständig zu geben, daß es einer Nachbringung neuer Hülfsthatsachen später nicht weiter bedarf und dies bei der Unzulässigkeit der Nachbringung von Beweismitteln regelmäßig thun müssen. Hat sie sich aber daran versäumt, so ist

kein Grund vorhanden, die nachträglich geltend gemachte Thatsache, falls dieselbe gelegentlich bei der Beweisaufnahme oder durch Geständniß des Gegners gewiß geworden ist, oder sonst keines Beweises bedarf, oder vom Richter in zulässiger Weise von Amtswegen ermittelt worden ist, bei der Endentscheidung aus rein formellen Gründen unberücksichtigt zu lassen, vielmehr die Berücksichtigung derselben im Interesse der Findung der materiellen Wahrheit gewiß geboten. Nur dann würden sich gegen diese Gestattung der nachträglichen Geltendmachung von Thatsachen erhebliche Bedenken geltend machen lassen, wenn die Commission so weit gegangen wäre, auch die nachträgliche Angabe von Beweismitteln ohne Beschränkung zu gestatten, da dies der muthwilligen Verschleppung des Processes Thor und Thür geöffnet haben würde.

Das einzige erheblichere Bedenken, welches man gegen die gedachten, das Eventualprincip betreffenden Bestimmungen des Entwurfes erhoben hat, ist durch die Vorschrift hervorgerufen, daß der Verlust der selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, der Beweismittel und Einwendungen gegen solche in der Instanz, abgesehen von den in §§. 17. 113. 151. Abs. 3., §. 183. Ziff. 3. §. 192. Abs. 2. und §. 393. erwähnten Ausnahmen, nach §. 394. Abs. 1. erst mit dem Schlusse der Hauptverhandlung eintritt, gleichviel ob dieser Schluß sofort im ersten Termine, oder nach vorgängiger Vertagung (§. 290.) in einem späteren Termine erfolgt. Daß dieser Verlust nicht schon dann eintreten kann, wenn die Partei mit solchem Streitmaterial, ohne desselben in einem vorbereitenden Schriftsatze Erwähnung zu thun, erst in der Hauptverhandlung hervortritt, ist unter der Herrschaft des Mündlichkeitsprincips selbstverständlich. Ebenso unthunlich ist es, die Parteien mit solchem Vorbringen im Falle der Vertagung, auch insoweit sie dasselbe sofort im ersten Termine hätten brauchen können, schon mit dem Schlusse des ersten Termins zu präcludiren. Denn bei mündlichem Verfahren muß die nach erfolgter Vertagung stattfindende neue Verhandlung im Mangel bindender schriftlicher Unterlagen und bei der Möglichkeit, daß die dabei gegenwärtigen Richter andere sind, oder doch sich der Verhandlung im ersten Termine nicht mehr vollständig erinnern, nothwendig wiederholt das ganze Streitmaterial umfassen. Unter solchen Umständen bildet der Schluß der Hauptverhandlung, zumal bei der in §. 288. sanctionirten und in der That unentbehrlichen Einheitlichkeit der

mündlichen Verhandlung, abgesehen von den gedachten Ausnahmen, unzweifelhaft die natürliche Grenze für das gesammte Parteivorbringen, über welche hinaus die Parteien mit neuem Vorbringen regelmäßig nicht mehr gehört werden können.

Daraus entsteht freilich, wie Plathner[40]) nicht mit Unrecht hervorhebt, der Nachtheil, daß den Parteien, und namentlich dem Beklagten, welcher an der Verschleppung des Processes vorzugsweise ein Interesse hat, die Möglichkeit gegeben ist, wiederholte Vertagungen der Verhandlung herbeizuführen, indem er, wenn die Sache in einem Termine zur Fassung eines richterlichen Beschlusses noch nicht reif und in Folge der Vertagung ein neuer Termin nöthig geworden ist, in diesem Termine und ebenso wiederholt in späteren Terminen, vor dem Schlusse der Hauptverhandlung mit neuen Behauptungen hervortritt, welche er bereits früher hätte vorbringen können und welche weitere Vertagung nöthig machen. Daß dies wirklich ein Uebelstand sei, wird zugegeben werden müssen, und daß solche wiederholte Vertagungen unter der Herrschaft des Mündlichkeitsprincips vorkommen, lehrt die Erfahrung, welche man in dieser Beziehung in Hannover gemacht hat. Auch hat Plathner überzeugend dargelegt, daß man sich zur Beseitigung dieses Bedenkens weder auf die Ehrenhaftigkeit des Advocatenstandes allein, noch auf die Füglichkeit für den gegnerischen Bevollmächtigten beziehen kann, das neue Vorbringen, welches vielleicht in seinen factischen Unterlagen auf Wahrheit beruht, aber durch einen neuen Gegenangriff zu entkräften ist, einfach zu verneinen, und ebensowenig wird, wie Plathner mit Recht bemerkt, dem Gerichte, wie nach französischem Rechte, das Befugniß eingeräumt werden können, der Partei das Recht zu neuen Anführungen dann abzuschneiden, wenn dasselbe die Ueberzeugung gewinnt, daß mit diesen Anführungen nur die Verschleppung des Processes bezweckt werde.

Allein ein Beleg für die practische Unbrauchbarkeit des Mündlichkeitsprincips überhaupt läßt sich daraus sicher nicht entnehmen, da die hier und da eintretende Nothwendigkeit der Vertagung der mündlichen Verhandlung, so lästig dieselbe sowohl für den die rasche Beendigung des Processes wünschenden Gegner, als für das Gericht sein mag, den Vortheilen gegenüber, welche das Mündlich-

40) a. a. O. S. 19 fg. u. 36 fg.

keitsprincip gewährt, gar nicht in Betracht kommen kann. Auch hat man die dem Proceßgange aus der Möglichkeit solcher Vertagungen drohenden Gefahren vielfach übertrieben.

Denn ganz abgesehen davon, daß die die Verzögerung des Processes beabsichtigende Partei diesen ihren Zweck nach §. 290. nur dann erreicht, wenn das Gericht die Vertagung der Verhandlung wirklich für nöthig erachtet, mithin, da die Erklärung des Beklagten, daß er außer Stande sei, sich auf die ihm längere Zeit vor der Verhandlung zugestellte, ohnehin unabänderliche Klage zu erklären, eine solche Vertagung nicht leicht zur Folge haben wird, es in der Regel der Kläger und nur ausnahmsweise einem neuen replicatorischen Vorbringen des Klägers gegenüber der Beklagte sein wird, auf dessen Antrag die Vertagung eintritt, darf man auch nicht übersehen, daß der Vortheil, welchen die Partei durch die Vertagung erlangt, insofern nur ein geringer ist, als es in der Hand des Gerichts liegt, zu der neuen mündlichen Verhandlung einen nahen Termin anzusetzen, und den Parteien zu den nach §. 388. etwa noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätzen kurze Fristen zu bestimmen. Wenn damit die weitere Bestimmung verbunden ist, daß die Partei, welche durch neues, nicht in vorbereitenden Schriftsätzen rechtzeitig mitgetheiltes Vorbringen, oder durch Abänderung desselben in der Verhandlung zur Vertagung Veranlassung giebt, zur Tragung und Erstattung der durch die Vertagung entstandenen Proceßkosten verurtheilt werden könne und sobald sie hierbei nach richterlichem Ermessen irgendwie ein Verschulden trifft, verurtheilt werden solle, so werden es die Parteien fast immer in ihrem Interesse finden, ihr Streitmaterial schon im Vorverfahren vollständig zu brauchen, da das Interesse, welches die eine oder die andere Partei an der Erlangung eines kurzen Aufschubes haben kann, in den bei weitem meisten Fällen von dem Interesse am Kostenpunkte überwogen werden wird, und dieselbe ohnehin niemals mit Bestimmtheit darauf rechnen kann, daß ihr Verschleppungsversuch wirklich von Erfolg sein werde.

Freilich ist es eine Lücke im Entwurfe, daß derselbe eine solche Verpflichtung zur Tragung und Erstattung der durch die Vertagung entstandenen Kosten, wie solche in Art. 251. der Bayerischen Proceßordnung und, wenn auch in beschränkterer Weise, in §. 94. der Hannöverschen Proceßordnung ausgesprochen ist, weder in dem von den Proceßkosten handelnden 11. Titel, noch in §. 388. oder

290. auflegt, also von dem einzigen wirksamen Mittel, die Parteien zum vollständigen Gebrauche ihres Streitmaterials schon im Vorverfahren zu veranlassen, keinen Gebrauch macht, indem sich nur in §. 641. eine hierauf bezügliche, jedoch nur das Verfahren vor den Handels- und Amtsgerichten betreffende Vorschrift findet. Zwar enthält §. 220. die dem §. 193. des Hannöverschen Entwurfes entsprechende Bestimmung, daß die Partei, durch deren Verschulden die Verlegung eines Termins nöthig geworden ist, die dadurch verursachten Kosten zu tragen habe, und Plathner[41]) meint, daß darnach die Kosten der vereitelten Termine die schuldige Partei treffen. Allein die Verlegung eines noch bevorstehenden Termins, von welcher §. 220. handelt, ist von der in §. 290. und 388. erwähnten Vertagung einer bereits begonnenen mündlichen Verhandlung wohl zu unterscheiden, und daher die nur auf erstere bezügliche Bestimmung in §. 220. auf letztere nicht ohne Weiteres auszudehnen[42]). Wird der Entwurf in der gedachten Richtung vervollständigt, wie ich dies allerdings für nothwendig halte, so werden Vertagungen der mündlichen Verhandlung zwar nicht ganz ausbleiben, aber doch, wie sich mit Bestimmtheit annehmen läßt, in verhältnißmäßig seltenen Fällen vorkommen, und dabei alle Consequenzen des Mündlichkeitsprincips, wie solche zur Herstellung eines zweckmäßigen Proceßganges unentbehrlich sind, vollständig gewahrt bleiben.

Gegen die auf eine Beschränkung des Eventualprincips hinauslaufenden, die proceßhindernden Einreden betreffenden Bestimmungen in §. 391 bis 393. des Entwurfes habe ich kein Bedenken. Namentlich halte ich es für zweckmäßig und zur Ausschließung unnützer Weiterungen für geeignet, daß das Gericht auch dann, wenn der Beklagte eine solche Einrede vorgeschützt hat, befugt bleibt, die gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache anzuordnen, unbeschadet des Rechts des Beklagten, in solchem Falle die Vertagung der Verhandlung zu verlangen. Auch die möglichste Reduction der Zahl der proceßhindernden Einreden, namentlich die Weglassung der in anderen neueren Proceßgesetzen hierher gezogenen Einrede der nicht ordnungsmäßigen Ladung und der zu kurzen Ueberlegungsfrist, halte ich im Interesse der möglichsten

41) a. a. O. S. 36.

42) Gab a. a. O. S. 12 fg.

Abkürzung der Procedur, und da nach §. 412. in solchen Fällen ein Versäumnißurtheil ohnehin nicht erlassen werden kann, für vollkommen gerechtfertigt. Dasselbe gilt von der in §. 393. enthaltenen, von dem in §. 288. aufgestellten allgemeinen Principe der Einheitlichkeit der Verhandlung abweichenden Bestimmung, daß der Antrag auf abgesonderte Verhandlung und Entscheidung über proceßhindernde Einreden vor der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache gestellt werden müsse und nur einmal gestellt werden könne, mithin der Beklagte verpflichtet sei, seine sämmtlichen proceßhindernden Einreden, insoweit darüber abgesonderte Verhandlung und Entscheidung stattfinden soll, gleichzeitig vorzubringen, und ebensowenig wird die in §. 740. Ziff. 3. erfolgte Zulassung der Berufung gegen das, eine proceßhindernde Einrede im Falle der abgesonderten Verhandlung über dieselbe verwerfende Zwischenurtheil, wenn das Verfahren bis zur Rechtskraft dieses Urtheils auszusetzen ist (§. 392.), und die Ausschließung der abgesonderten Verhandlung über solche Einreden in der Berufungsinstanz (§. 771.) zu irgend welchen Bedenken Veranlassung geben.

§. 11.
Von der Klage.

Nach §. 179. des Entwurfes, wie solcher in seiner neuesten Fassung vorliegt, kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde, oder auf Feststellung der Unechtheit derselben Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Zugleich ist bestimmt, daß dem Kläger die Proceßkosten zur Last fallen, wenn der Beklagte, ohne durch sein Verhalten zur Anstellung der Klage Veranlassung gegeben zu haben, das Recht des Klägers oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde sofort anerkennt, oder, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumnißurtheil gegen sich ergehen läßt.

Diese Regelung einer der wichtigsten, ohnehin schon nach dem bisherigen Rechte vielfach bestrittenen Fragen, ist nach meinem Dafürhalten, obschon sie von den bisher gangbaren Anschauungen in mehrfacher Beziehung abweicht, die allein richtige und dieser neuen Fassung vor der des früher veröffentlichten Redactions-

entwurfes, in welchem die Worte: „des Bestehens oder Nichtbestehens“ fehlten, entschieden der Vorzug zu geben.

Zunächst muß ich dem etwaigen Einwande entgegentreten, daß die Regelung dieser Frage nicht die Aufgabe der Commission gewesen sei, und einen unberufenen Eingriff in die Bestimmungen des materiellen Rechts der einzelnen Bundesstaaten enthalte. Allerdings gehören die Fragen, unter welchen Voraussetzungen eine Klage angestellt werden könne, was den Gegenstand der Klage bilde und auf welche Thatsachen der Kläger Bezug nehmen müsse, um die Anrufung der Staatshülfe und den Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zu rechtfertigen, an sich nicht dem Proceßrechte, sondern dem materiellen Rechte (dem Actionenrechte) an. Denn das Proceßrecht beschäftigt sich nach der üblichen und jedenfalls vollkommen berechtigten Scheidung der Rechtsgebiete nicht mit dem Klagrechte, als einem Attribute und Bestandtheile des Rechts, also nicht mit Fragen, welche mit der inneren Natur der Rechte, deren Kennzeichnung Aufgabe des materiellen Rechts ist, so innig verwachsen sind, daß ihre Beantwortung füglich nur auf dem Gebiete des materiellen Rechts erfolgen kann, sondern nur mit den Formen und processualischen Wirkungen der Klagerhebung. Daraus erklärt es sich, daß die doppelte Frage, ob und inwieweit auf Anerkennung eines jus futurum und auf Feststellung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses geklagt werden könne, in den älteren und so auch in den meisten neueren Proceßgesetzen, wie in der Hannöverschen und Bayerischen Proceßordnung und in dem Hannöverschen und Sächsischen Entwurfe, überhaupt unberührt geblieben ist. Erst in neuerer Zeit hat man hier und da angefangen, die Frage, welche Vorgänge die Veranlassung zur Klaganstellung darbieten, und ob es dazu einer vorausgegangenen Rechtsverletzung bedürfe, bei Gelegenheit der Bestimmung der Formen der Klagerhebung zur Entscheidung zu bringen, wie dies namentlich in §. 256. der Badenschen Proceßordnung, in §. 53. des Kurhessischen Gesetzes vom 28. October 1863, in Art. 333. des Hessischen Entwurfes und in §. 224. des Preußischen Entwurfes geschehen ist, ohne daß sich für diese gelegentliche Regelung der gedachten dem materiellen Rechte angehörenden Frage ein anderer Rechtfertigungsgrund als der angeben ließe, daß die diese Frage betreffenden Bestimmungen des gemeinen deutschen und des Particularrechts theils ziemlich lückenhaft und in der Theorie und

Praxis bestritten sind, theils dem practischen Bedürfnisse der Jetztzeit nicht mehr hinreichend entsprechen.

Auf den Beschluß der Commission, eine einschlagende Bestimmung im Norddeutschen Entwurfe aufzunehmen, mag noch überdies der Umstand eingewirkt haben, daß die Frage von der Gesetzgebung und Praxis der einzelnen Bundesstaaten verschieden beantwortet wird, und es daher wünschenswerth erscheinen mußte, dieselbe im ganzen Bereiche dieser Staaten in einheitlicher Weise zu regeln.

Unter solchen Umständen wird man der Commission daraus, daß sie, strenggenommen, über die Grenzen ihres Auftrags hinausgegangen ist und eine an sich dem Gebiete des materiellen Rechts angehörende Frage von so hervorragender Bedeutung zum Gegenstande ihrer Berathung gemacht hat, kaum einen erheblichen Vorwurf machen können, zumal diese Frage mit dem Proceßrechte offenbar in innigem Zusammenhange steht, und auch in anderen neueren Proceßgesetzgebungen in ähnlicher Weise gelegentlich geregelt worden ist.

Aber auch gegen den Inhalt des §. 179. des Entwurfes wird sich nichts einwenden lassen. Zunächst gestattet derselbe, nach Vorgang von §. 224. des Preußischen Entwurfes, die Erhebung der Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses in allen Fällen, wo der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde, ohne diese Gestattung von der Billigkeit des Anspruchs oder von einer vorausgegangenen Verletzung desselben abhängig zu machen, indem er sich auf die Bestimmung beschränkt, daß der Kläger, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Anstellung der Klage Veranlassung gegeben hat und das Recht des Klägers sofort anerkennt, oder, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumnißurtheil gegen sich ergehen läßt, zur alleinigen Tragung der Proceßkosten verurtheilt werden soll.

Zwar können nach der bisherigen gemeinrechtlichen Theorie regelmäßig nur fällige Ansprüche auf Grund einer stattgefundenen Verletzung geltend gemacht werden, indem diese Verletzung es ist, durch welche die Anrufung der Staatshülfe veranlaßt und gerechtfertigt wird:

L. 35. Dig. de judiciis V, 1.

L. 186. Dig. de regulis juris L, 17.

v. Savigny, System des römischen Rechts, Bd. V. §. 239. S. 281.

Puchta, Pandecten §. 281. Dessen Vorlesungen, Bd. I. S. 170.

Allein ausnahmsweise kann auch jetzt schon ohne eine solche vorausgegangene Rechtsverletzung auf Anerkennung zukünftiger Rechte mittelst einer anticipirten oder sog. Präjudicialklage dann geklagt werden, wenn entweder der Kläger an Feststellung des Rechtsverhältnisses ein gegenwärtiges rechtliches Interesse hat, dem auf andere Weise nicht genügt werden kann, oder wenn der Gegner damit ausdrücklich oder stillschweigend sich einverstanden erklärt hat, wie Letzteres namentlich dann der Fall ist, wenn der Beklagte gegen die Anticipirung der Klage keinen Einwand erhoben hat und wenn der Kläger in Folge der Berühmung eines zukünftigen Rechts zur Geltendmachung dieses Rechts vom Beklagten mittelst einer Diffamationsklage aufgefordert worden ist.

Die demnach regelmäßig als Voraussetzung zur Klaganstellung erforderliche Verletzung kann ebensowohl in einem die Ausübung des Rechts hindernden oder doch erschwerenden Thun des Beklagten, einem sogenannten factum turbativum, als in einem bloßen Unterlassen des Beklagten bestehen. Ersteres wird namentlich zur Rechtfertigung der Anstellung dinglicher Klagen erfordert, letzteres zur Rechtfertigung der Anstellung persönlicher Klagen genügen.

Was dagegen unter dem rechtlichen Interesse zu verstehen sei, auf dessen Grund hin die Verfolgung zukünftiger Ansprüche ausnahmsweise schon jetzt gestattet ist, wird sich zwar nur im concreten Falle nach den Grundsätzen des materiellen Rechts näher bestimmen lassen. Im Allgemeinen aber wird die Frage dahin zu beantworten sein, daß ein solches Interesse überall dann anzunehmen ist, wenn dem Berechtigten aus der längeren Verzögerung der Feststellung seines Anspruchs, gleichviel ob mittelbar oder unmittelbar, ein vermögensrechtlicher Nachtheil in der weitesten Bedeutung des Wortes droht. Das bloße Bestreiten des zukünftigen Rechts genügt dazu nach der bisherigen Auffassung, zumal bei Forderungsrechten, schon aus dem Grunde nicht, weil sich ein neben dem Rechte selbst bestehendes oder in demselben mitenthaltenes besonderes Recht auf Anerkennung oder Feststellung desselben, welches durch das Bestreiten verletzt würde, nach den bestehenden Rechtsnormen nicht construiren läßt, und ebensowenig gesagt werden kann,

daß durch das Bestreiten für den Kläger immer ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Existenz des Rechtsverhältnisses hervorgerufen würde.

Von diesen Grundsätzen weicht der Entwurf nur insofern ab, als er die Klaganstellung vor dem Eintritte der Fälligkeit des Anspruchs lediglich aus dem Grunde, weil der Gegner dazu ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung ertheilt, nicht gestattet. Vielmehr ist die Aufnahme einer solchen Bestimmung S. 527. der Protocolle im Interesse der Rechtspflege und wegen Mangels eines Bedürfnisses mit Stimmenmehrheit ausdrücklich abgelehnt worden.

Ich halte diese Beschränkung des Dispositionsbefugnisses der Parteien nicht für gerechtfertigt, da es für die Betheiligten in der That Bedürfniß sein kann, darüber, ob ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen besteht, schon vor der Zeit, wo die auf diesem Rechtsverhältnisse beruhende Forderung exigibel geworden ist, Gewißheit zu erlangen und der Mangel eines für den Richter erkennbaren rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Regulirung des streitigen Rechtsverhältnisses in diesem Falle durch den übereinstimmenden Parteiwillen ersetzt wird, während der Staat daran, zu welcher Zeit der Streit über das Rechtsverhältniß zur gerichtlichen Erörterung gelangt und ob dies vor oder nach dem Eintritte der Exigibilität geschieht, überhaupt kein Interesse hat, zumal durch die vor dieser Zeit erfolgte Erörterung und Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses nicht nur einem späteren Processe, sondern auch, wenn das Rechtsverhältniß vor dem Eintritte der Fälligkeit rechtskräftig festgestellt worden ist, der thatsächlichen Rechtsverletzung vorgebeugt, und falls diese dennoch eintreten sollte, dem Verletzten sofortige Execution gesichert wird. Die immerhin vorhandene Möglichkeit, daß dann, wenn es zu dieser Execution kommt, dem Beklagten neue Einreden entstanden sein können, giebt nach meinem Dafürhalten keinen Grund ab, die Vereinbarung der Parteien auf Erörterung eines zukünftigen Anspruchs auszuschließen, da dieser Grund dem übereinstimmenden Parteiwillen gegenüber nicht in Betracht kommen kann, und nicht blos der Zulassung einer solchen Vereinbarung, sondern auch der Zulassung einer auf Grund eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses erhobenen anticipirten Klage im Wege stehen würde.

Dagegen wird man der Commiſſion nur beipflichten müſſen, wenn ſie allen Zweifeln über die Zuläſſigkeit der Klage auf Anerkennung eines zukünftigen Rechts dadurch ein Ende macht, daß ſie die Zuläſſigkeit der Klage auf Feſtſtellung eines Rechtsverhältniſſes in allen Fällen und alſo auch in ſolchen, wo der Kläger auf eine vorausgegangene Rechtsverletzung nicht Bezug genommen hat, lediglich davon abhängig macht, ob der Berechtigte an alsbaldiger Feſtſtellung des Rechtsverhältniſſes ein rechtliches Intereſſe hat. Denn jedes rechtliche Intereſſe in dem oben angegebenen Sinne hat Anſpruch auf Rechtsſchutz. Hat alſo der Berechtigte ein ſolches Intereſſe an alsbaldiger Feſtſtellung ſeines Anſpruchs, ſo muß ihm dieſer Rechtsſchutz auch dann gewährt werden, wenn eine thatſächliche Verletzung ſeines Anſpruchs noch nicht erfolgt iſt, aber eine ſolche Verletzung entweder muthmaßlich bevorſteht oder doch das Unterbleiben der Feſtſtellung an ſich ſchon erkennbare Nachtheile für ihn zur Folge hat, man ihm alſo nicht zumuthen kann, die Verletzung ſelbſt und den Eintritt der damit verbundenen weit größeren Nachtheile abzuwarten. Es iſt dies um ſo unbedenklicher, als den Beklagten, wenn er durch ſein Verhalten zur Anſtellung der Klage keine Veranlaſſung gegeben hat, nach der im zweiten Abſatze des §. 179. enthaltenen Beſtimmung in Folge der verfrühten Geltendmachung des zukünftigen Anſpruchs kein Nachtheil trifft, vielmehr den Kläger in dem Falle, wenn Beklagter das Recht deſſelben ſofort anerkennt, oder ein Verſäumungsurtheil wider ſich ergehen läßt, neben der in ſolchem Falle dem Klagantrage gemäß auszuſprechenden Verurtheilung des Beklagten die Verpflichtung zur Tragung der geſammten Koſten trifft. Nur darauf mag hierbei gelegentlich hingewieſen werden, daß die gedachte, den Koſtenpunkt betreffende Beſtimmung in dem wider den Beklagten ergehenden Verſäumnißurtheile dann nicht zur Anwendung kommen kann, wenn der Kläger in ſeiner Klage auf Thatſachen ausdrücklich Bezug genommen hatte, aus denen ſich ergiebt, daß der Beklagte durch ſein Verhalten zur Anſtellung der Klage Veranlaſſung gegeben hat, da dieſe Thatſachen beim Ausbleiben des Beklagten in dem Verhandlungstermine nach §. 407. des Entwurfes für zugeſtanden zu achten ſind, während andrerſeits in dem Falle, wenn der im Termine erſchienene Beklagte das Recht des Klägers ſofort anerkennt, aber die vom Kläger in der Klage behaupteten, die Veranlaſſung zur Klaganſtellung betreffen-

den Thatsachen in Abrede stellt, die Entscheidung über den Kostenpunkt selbstverständlich davon abhängen muß, ob der Kläger diese Thatsachen in rechtliche Gewißheit zu setzen vermag.

Ebenso unbedenklich muß man es finden, wenn in §. 179. Absatz 1. in Uebereinstimmung mit §. 224. des Preußischen Entwurfes auf Anerkennung einer gleichviel ob öffentlichen oder Privaturkunde unter der Voraussetzung, daß der Kläger an alsbaldiger Feststellung der Echtheit derselben ein rechtliches Interesse hat, eine besondere Klage gegeben wird. Denn die Frage, ob eine Urkunde echt sei, gehört nicht nur dann, wenn die Urkunde als Beweismittel gebraucht werden soll, sondern auch in dem Falle, wenn die Existenz derselben die Voraussetzung und Bedingung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses ist, recht eigentlich dem Proceßrechte an, und war daher auch dann, wenn man über die Zulässigkeit der Klaganstellung und über die Veranlassung dazu keine Bestimmungen aufnehmen wollte, unzweifelhaft in der Proceßordnung zu regeln. Die Gestattung einer solchem Klage beruht aber um so gewisser auf einem unabweisbaren practischen Bedürfnisse, als die die exemplificatio betreffenden gemeinrechtlichen Bestimmungen in

cap. 16. X. de fide instrumentorum II. 22. und
cap. 4. X. de confirmatione II. 30.

zu Sicherung des Interesses, welches man an Constatirung der Echtheit einer Urkunde haben kann, in keiner Weise ausreichen und die etwaige Zulassung einer Beweisführung zum ewigen Gedächtniß, wie sie in §. 623. des Entwurfes bei anderen Beweismitteln gestattet ist, wenigstens bei solchen Urkunden, welche nicht blos Beweismittel, sondern die eigentlichen Träger des Rechtsverhältnisses sind, da es sich in solchem Falle um eine Klage auf Feststellung der Existenz eines Rechtsverhältnisses handelt, offenbar unzureichend gewesen sein würde.

Auch die über §. 224. des Preußischen Entwurfes hinausgehende Zulassung einer Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde, falls der Kläger an dieser Feststellung ein rechtliches Interesse hat, entspricht einem dem Practiker längst fühlbar gewesenen Bedürfnisse, welchem füglich nur in der Proceßordnung abgeholfen werden konnte. Denn nicht blos das Interesse, welches der Besitzer einer Urkunde an Feststellung ihrer Echtheit zu Sicherung derselben als Beweismittels hat, sondern auch dasjenige bedarf

des Rechtsschutzes, welches der nach dem Inhalte einer in fremder Hand befindlichen Urkunde Verpflichtete an Feststellung ihrer Unechtheit hat, und ein solcher Rechtsschutz wurde bisher nur allenfalls dann, wenn sich der Inhaber der Urkunde des Anspruchs gerühmt hatte, und zwar in sehr unvollkommener Weise gewährt.

Weiter war aber der Entwurf in seiner früheren Fassung nicht gegangen, indem er nur die Klagerhebung auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses und auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben gestattete. Durch diese Fassung wurde der Fall, wo der Kläger auf Feststellung der Nichtexistenz oder des Erloschenseins eines Rechtsverhältnisses Klage erhebt, ungeachtet des darauf ausdrücklich lautenden Beschlusses S. 1105. der Protocolle, nicht getroffen und konnte daher der in der Redactionssitzung S. 1274. gefaßte Beschluß, dessen Motivirung in dem Protocolle ganz unterblieben war, nur so verstanden werden, daß man die Klaganstellung zu diesem Zwecke nicht habe zulassen wollen. Denn in der Gestattung der Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses konnte, wenn man den Worten nicht Zwang anthun wollte, nur die Gestattung der Feststellung seiner Existenz, nicht die seiner Nichtexistenz oder seines Erloschenseins gefunden werden.

Hiergegen war zunächst einzuwenden, daß es füglich nicht die Absicht der Commission sein konnte und, wie sich aus §. 185. ergiebt, wirklich nicht gewesen war, die auf Feststellung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses gerichtete Klage in denjenigen Fällen auszuschließen, in denen dieselbe schon bisher nach materiellem Rechte gestattet war. Schon nach bisherigem Rechte ist die Negatorienklage auf Feststellung der Nichtexistenz von Rechten gerichtet, durch welche das Recht des Klägers beschränkt wird. Ebenso wird in einzelnen Fällen ausnahmsweise die Klage auf Annullation oder Rescission eines Rechtsverhältnisses zugelassen, während, abgesehen von diesen besonderen Fällen, demjenigen, welcher das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses behauptet, nur dann eine Klage zusteht, wenn er sich auf eine Berühmung des Gegners beziehen kann, oder wenn ihm der Verlust einer Einrede droht. Indeß ist diese letztere Klage in beiden Fällen nicht auf Feststellung der Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses, sondern, wenigstens zunächst und unmittelbar, nur darauf gerichtet, den Gegner zur Geltendmachung seines gerühmten Rechts mittelst der

Hauptklage zu nöthigen, beziehentlich den Ausspruch des Richters herbeizuführen, daß dem Provocanten eine das Klagrecht des Gegners aufhebende oder doch beschränkende Einrede zur Seite stehe, und ist demnach mittelst derselben, als einer nur präparatorischen Klage, zur definitiven Regelung des streitigen Rechtverhältnisses nicht zu gelangen.

Bei Fassung des mehrerwähnten S. 1105. der Protocolle ersichtlichen Beschlusses war nun die Commission von der Ansicht ausgegangen, daß nicht blos, wie nach bisherigen Rechte, in den obenerwähnten einzelnen Ausnahmefällen und im Falle der Berühmung oder des drohenden Verlusts einer Einrede, sondern auch in anderen Fällen ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses vorhanden sein könne und daß dieses Interesse des Rechtsschutzes bedürftig sei, also mittelst einer Klage verfolgbar sein müsse. Auf Grund dieser Erwägung wurde beschlossen, unter der Voraussetzung, daß der Kläger daran ein rechtliches Interesse habe, ganz allgemein eine Klage auf Feststellung der Nichtexistenz oder des Erloschenseins eines Rechtsverhältnisses zuzulassen, damit aber zugleich den Provocationsproceß gänzlich zu beseitigen.

Nach meinem Dafürhalten entspricht dieser Beschluß, wie solcher bei der neuesten Redaction Ausdruck gefunden hat, dem practischen Bedürfnisse der Jetztzeit. Zwar wird dadurch die bisherige Negatorienklage auch auf den Fall ausgedehnt, wo der Kläger an alsbaldiger Feststellung des Nichtbestehens eines Forderungsrechts ein rechtliches Interesse hat und das bisher nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zustehende Recht, die Annullation oder Rescission eines Rechtsverhältnisses mittelst einer Klage zu fordern, und so den Gegner zur rechtlichen Verfolgung seines vermeintlichen Anspruchs zu nöthigen, wesentlich erweitert. Allein der Wunsch nach einer solchen Erweiterung erscheint gewiß berechtigt, wenn man erwägt, daß es auch hier überall das rechtliche Interesse ist, welches der Klagerhebung zur Voraussetzung dient, aber auch des Rechtsschutzes durch Gestattung dieser Klagerhebung bedarf, und daß es in der That als eine empfindliche Lücke in unserem bisherigen materiellen Rechte bezeichnet werden muß, wenn derjenige, welcher zweifelhaft ist, ob ein bestehendes Rechtsverhältniß über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus fortdaure, und behauptet, daß dasselbe mit diesem Zeitpunkte erlösche, wenig-

stens so lange, bis sich der Gegner eines ihm aus dem Rechtsverhältnisse entsprungenen Anspruchs gerühmt hat, keine Klage anstellen kann, obwohl sein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Erlöschens des Rechtsverhältnisses ganz unzweifelhaft ist, während zugleich mit dieser Erweiterung des Klagrechts der nicht gering anzuschlagende Vortheil verbunden ist, daß derjenige, welcher eine Berühmung erlitten hat oder sich nur gegen den drohenden Verlust einer Einrede schützen will, nicht genöthigt wird, eine nur präparatorische Klage anzustellen, sondern ohne Weiteres die definitive Feststellung der Nichtexistenz des betreffenden Rechtsverhältnisses beantragen kann, mithin es eines doppelten Processes in solchen Fällen nicht weiter bedarf, vielmehr beide Arten des Provocationsprocesses ganz entbehrlich werden.

Die Zulassung einer Klage auf Feststellung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses in allen denjenigen Fällen, in denen der Kläger an der alsbaldigen Feststellung ein rechtliches Interesse hat, ist die unabweisbare Consequenz der Anschauungen, welche zur Einführung des Provocationsprocesses Veranlassung gegeben haben. Wenn man aber bisher die Möglichkeit der Geltendmachung eines solchen Interesses in allzu ängstlicher Weise auf einzelne Fälle beschränken zu müssen geglaubt hat, obschon auch andere Fälle denkbar sind, in denen dasselbe vorhanden sein kann, so ist es gewiß geboten, auch für diese anderen Fälle die Möglichkeit einer Klaganstellung zu eröffnen und das, was bisher nur in einzelnen Ausnahmefällen galt, zu einem allgemeinen Princip zu erheben, zugleich aber auch insofern einen Schritt weiter zu gehen, als man demjenigen, welcher eine Berühmung erlitten oder den Verlust einer Einrede zu fürchten hat, nicht blos die Möglichkeit verschafft, durch Anstellung einer Provocationsklage zu einem vorläufigen Resultate zu gelangen, sondern die sofortige definitive Feststellung der Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses mittelst der Hauptklage zu beantragen und dadurch zugleich den nach dem bisherigen Stande der Gesetzgebung und Praxis rücksichtlich des Diffamationsprocesses offengebliebenen mannigfachen Streitfragen in einfachster Weise ein Ende macht.

Das Bedenken, daß die allgemeine Zulassung einer solchen Klage die Gefahr unnützer Behelligungen herbeiführe, erscheint aus dem Grunde ungerechtfertigt, weil die Berechtigung zur Klagerhebung von dem Vorhandensein eines rechtlichen Interesses be-

dingt ist und dem Beklagten nach Absatz 2. des §. 179. in dem Falle, wenn er zur Klaganstellung keine Veranlassung gegeben hat, in Folge dieser Klaganstellung überhaupt kein Nachtheil entsteht.

Auch der Einwand, daß der Berechtigte, wenn man eine Klage auf Feststellung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses allgemein zuläßt, jederzeit zur Geltendmachung seines Rechts genöthigt werden könne, läßt sich durch Hinweisung auf das rechtliche Interesse, welches zur Anstellung einer solchen Klage erfordert wird, und darauf widerlegen, daß die Zulassung dieser Klage auf Fälle beschränkt ist, wo dem Rechte, von der Verfolgung eines Anspruchs abzusehen, ein völlig gleiches Recht gegenübersteht, diese Verfolgung zu fordern.

An den Grundsätzen von der Beweislast wird durch eine solche Erweiterung des Befugnisses Klage zu erheben, selbstverständlich nichts geändert, und wenn dagegen eingewendet worden ist, daß das vom Kläger erlangte, die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses aussprechende Urtheil nicht executionsfähig sein würde, so hat man dabei unbeachtet gelassen, daß dieser Einwand schon aus dem Grunde keine Beachtung verdient, weil es schon jetzt, und zwar nicht blos in Negatoriensachen, Fälle giebt, in denen das verurtheilende Erkenntniß der sofortigen Executionsfähigkeit ermangelt, wie dies auch bei der im Entwurfe ausdrücklich zugelassenen Klage auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit unzweifelhaft der Fall sein würde.

§. 12.

Fortsetzung. Inhalt der Klage.

Was den Inhalt der Klage anlangt, so muß dieselbe, gleichviel ob sie bei einem Landgerichte, oder bei einem Handels- oder Amtsgerichte erhoben wird, nach §. 181. des Entwurfes die Bezeichnung der Parteien, die Bezeichnung des Proceßgerichts, die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruches, sowie einen bestimmten Klagantrag, in Anwaltsprocessen aber nach §. 384. Abs. 2., wenn gegen den Beklagten die Erlassung eines Versäumnißurtheils möglich sein soll, die an denselben gerichtete Aufforderung enthalten, einen bei dem Proceßgerichte zugelassenen Anwalt ungesäumt zu bestellen. Auch muß die Klage in Anwaltsprocessen, wie nach §. 170. alle Schriftsätze, von dem Anwalte des Klägers, in anderen Processen von

der Partei ſelbſt, oder von demjenigen unterzeichnet ſein, welcher für dieſelbe als Bevollmächtigter oder als Geſchäftsführer ohne Auftrag handelt. Ueberdies ſoll nicht nur jede ſchriftliche Klage, wie alle Schriftſätze, außer den in §. 169. Ziff. 1. erwähnten, die Bezeichnung der Parteien bezweckenden näheren Angaben, nach §. 169. Ziff. 4. u. 5. die Zahl der Anlagen und Ort und Zeit der Abfaſſung enthalten, ſondern auch im Anwaltsproceſſe nach §. 384. Abſ. 3. den allgemeinen Beſtimmungen über die vorbereitenden Schriftſätze entſprechen, alſo nach §. 172. Ziff. 1. u. 3. die Anträge, welche der Kläger in der Gerichtsſitzung zu ſtellen beabſichtigt, mit einer kurz gefaßten, aber vollſtändigen und beſtimmten Angabe der zur Begründung derſelben dienenden thatſächlichen Verhältniſſe, nöthigenfalls mit Andeutung der maßgebenden rechtlichen Geſichtspunkte, jedoch ohne Rechtsausführungen, und die Angabe der einzelnen Beweismittel enthalten, deren ſich der Kläger zum Nachweiſe ſeiner thatſächlichen Behauptungen bedienen will. Endlich ſollen in Anwaltsproceſſen nicht nur nach §. 175. Abſ. 4. Abſchriften der die Proceßlegitimation betreffenden Urkunden, ſondern auch nach §. 175. Abſ. 1. 2. und 3. Abſchriften der in den Händen des Klägers befindlichen Urkunden, auf welche in der Klagſchrift zur Begründung der Anträge Bezug genommen worden iſt, oder doch Auszüge aus denſelben beigefügt werden, es müßten denn dieſe Urkunden dem Gegner bereits bekannt, oder von bedeutendem Umfange ſein, wo die genaue Bezeichnung derſelben mit dem Erbieten genügt, Einſicht gewähren zu wollen.

Gegen die Zweckmäßigkeit dieſer Beſtimmungen wird im Allgemeinen nichts einzuwenden ſein. Nur das läßt ſich ausſetzen, daß es an einer klaren, jeden Zweifel von vorn herein ausſchließenden Bezeichnung deſſen fehlt, was die Commiſſion unter dem Grunde des erhobenen Anſpruchs verſtanden hat, deſſen Angabe nach §. 181. Ziff. 3. des Entwurfes in jeder Klage enthalten ſein muß. Die gegen dieſen Ausdruck S. 778. der Protocolle erhobenen Bedenken hat man unberückſichtigt gelaſſen und den auf Beſeitigung derſelben hinzielenden Vorſchlag des Redactionsausſchuſſes, ſtatt der Angabe des Grundes des erhobenen Anſpruchs die Angabe der Thatſachen zu fordern, aus denen der Anſpruch des Klägers hergeleitet wird, inſofern ſie erforderlich iſt, um den Klaggrund erkennbar zu machen, durch Mehrheitsbeſchluß abgelehnt. Nach meinem Dafürhalten hätte man ſich auch dann, wenn

man an dieser Fassung auszusetzen hätte, dem Bedürfnisse einer deutlicheren Fassung nicht verschließen und nach Vorgang von §. 184. der Hannöverschen Proceßordnung und von Art. 225. der Bayerischen Proceßordnung, sowie von §. 296. Ziff. 3. des Preußischen Entwurfes die Angabe der zu Begründung des erhobenen Anspruchs erforderlichen Thatsachen ausdrücklich fordern sollen.

Bekanntlich wird der Begriff: „Klaggrund" von der Doctrin in verschiedenem Sinne aufgefaßt und abgesehen von der weitesten Bedeutung desselben, wornach darunter überhaupt alle diejenigen Anführungen verstanden werden, auf welche die Klagbitte gestützt ist, namentlich zwischen dem entfernten und dem nahen Grunde der Klage unterschieden, indem man unter ersterem die Angabe derjenigen Thatsachen, aus denen das geltend gemachte Recht des Klägers entstanden sein soll (die römische demonstratio), unter dem letzteren aber die Behauptung des Kläger versteht, daß ihm dieses Recht zustehe (die römische intentio). Darüber, daß bei persönlichen Klagen die bloße Rechtsbehauptung zur Begründung nicht ausreiche und daß es daher bei dieser immer der Bezugnahme auf die das Recht erzeugenden Thatsachen bedürfe, ist man niemals im Zweifel gewesen. Wohl aber besteht eine Verpflichtung für den Kläger, die die Entstehung seines dinglichen Rechts begründenden Thatsachen sofort in der Klage auszuführen, gemeinrechtlich erst seit dem jüngsten Reichsabschiede von 1654, während man bis dahin nach Vorgang des römischen Rechts bei diesen Klagen die bloße Rechtsbehauptung, verbunden mit der Bezugnahme auf die zur Erzeugung eines Anspruchs an den Beklagten erforderliche verletzende Handlung desselben, für genügend angesehen und die nähere thatsächliche Begründung der Entstehung des dinglichen Rechts erst dann gefordert hatte, wenn vom Beklagten dagegen im Verfahren Widerspruch erhoben worden war. Bei der Negatorienklage, deren rechtliche Natur früher vielfach mißverstanden wurde, hat die Praxis die Angabe der den Eigenthumserwerb begründenden Thatsachen auch jetzt noch häufig für unnöthig erachtet.

Unter solchen Umständen mußte die Commission, wie auch v. Mittelstädt[43]) hervorhebt, zumal bei der Wichtigkeit der Frage, was der Kläger in seiner Klage anführen müsse, um zur Realisirung des geltend gemachten Anspruchs zu gelangen und zugleich dem

43) a. a. O. S. 20 fg.

Beklagten die Möglichkeit vollständiger Rechtsvertheidigung zu eröffnen, jedem Zweifel hierüber im Voraus begegnen. Dazu reicht dasjenige, was der Entwurf enthält, nicht aus. Vielmehr läßt sich aus demselben nur indirect entnehmen, daß unter dem Grunde des erhobenen Anspruchs, dessen bestimmte Angabe gefordert wird, die thatsächlichen Unterlagen verstanden werden sollen. Es ergiebt sich dies daraus, daß nach §. 173. Ziff. 1. die vorbereitenden Schriftsätze, zu denen die Klage nach §. 169. gehört, nicht nur die Anträge, sondern auch eine kurz gefaßte, aber vollständige und bestimmte Angabe der zu Begründung derselben dienenden thatsächlichen Verhältnisse enthalten sollen, wie denn auch die dort Ziff. 3. geforderte Angabe der einzelnen Beweismittel, deren sich die Partei zum Nachweise thatsächlicher Behauptungen bedienen will, die vorausgegangene specielle Angabe dieser thatsächlichen Behauptungen zur nothwendigen Voraussetzung hat, weiter aber auch daraus, daß nach §. 188. Ziff. 1. in Verbindung mit §. 183. Ziff. 3., sobald die Streitsache rechtshängig geworden ist, zwar die Ergänzung und Berichtigung der thatsächlichen Klagbehauptungen, nicht aber die Aenderung des Klaggrundes, also die Bezugnahme auf neue Thatsachen zulässig sein soll, mithin nothwendig angenommen werden muß, daß es nach Ansicht der Commission nicht genügen soll, wenn der Kläger mit der thatsächlichen Begründung seines Anspruchs erst in der mündlichen Verhandlung hervortritt, vielmehr diese thatsächliche Begründung, wie sie nach §. 173. Ziff. 1. in vorbereitenden Schriftsätzen bei jedem Antrage aufgenommen werden soll, in dem Klagschriftsatze bei der besonderen Bedeutung desselben nothwendig aufgenommen werden muß. Hiernach wird man freilich auf dem Wege der Interpretation zu dem Resultate gelangen, daß es zur Begründung der Klage, auch dann, wenn dieselbe eine dingliche ist, nach der Absicht der Commission keineswegs ausreichen soll, wenn der Kläger sich darauf bezieht, daß ihm das geltend gemachte Recht zustehe, und daß ihm durch eine Handlung des Beklagten gegen diesen ein Anspruch erwachsen sei, sondern daß er auch diejenigen Thatsachen sofort anzuführen hat, aus denen ihm das dingliche Recht entstanden sein soll, weiter aber auch daß der Kläger für den rechtshängig gewordenen Rechtsstreit an denjenigen Erwerbsgrund gebunden ist, den er bereits in der Klage geltend gemacht hat und nicht berechtigt ist, nach Eintritt der Rechtshängigkeit auf neue dort nicht erwähnte Erwerbs-

gründe Bezug zu nehmen, vielmehr nur das Recht hat, die in der Klage geltend gemachten zu ergänzen und zu berichtigen. Allein klar und deutlich ist dies nirgends ausgesprochen. Dessen bedurfte es aber um so mehr, als in solchen Processen, in denen nach §§. 637. und 648. Vertretung durch Rechtsanwälte als solche nicht stattfindet, eine auch dem Nichtjuristen verständliche, klare und deutliche Bezeichnung dessen, was in der Klagschrift angegeben werden muß, füglich nicht entbehrt werden kann, und überdies nicht nur §. 182., wo die Cumulation mehrerer Klagen dann gestattet wird, wenn sie auf verschiedenen „Gründen" beruhen, während zur objectiven Klagenhäufung bekanntlich verschiedene Rechtsgründe erfordert werden, leicht zu Mißverständnissen Veranlassung geben kann, sondern auch durch §. 394. Abs. 2., wornach Thatsachen, welche zu näherer Begründung eines selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels dienen, auch dann, wenn die Partei dieselben bereits vorher vorbringen konnte, nach dem Schlusse der Hauptverhandlung in der Instanz noch geltend gemacht werden können, leicht der Irrthum hervorgerufen werden könnte, daß dies auch von den thatsächlichen Klagunterlagen zu verstehen sei, wenn schon das Gegentheil daraus erhellt, daß unter den im ersten Absatze des gedachten Paragraphen beispielsweise aufgeführten Angriffs- und Vertheidigungsmitteln die Klage nicht mit aufgeführt ist.

Dagegen bedurfte es der besonderen Erwähnung der zur activen und passiven Sachlegitimation des Klägers erforderlichen Thatsachen, wie solche die Hannöversche Proceßordnung §. 184. Ziff. 1. enthält, aus dem Grunde nicht, weil diese Thatsachen zur Begründung des erhobenen Anspruchs in gleicher Weise gehören, wie die zur Darlegung der Entstehung des Anspruchs an sich erforderlichen Thatsachen.

(Schluß folgt im nächsten Heft.)

Präjudizien.

80.

Zur Lehre vom Verzuge (zu §§. 748. 749. des bürgerl. Gesetzbuchs). — Begriff der „Pünktlichkeit", namentlich bei bedungener cassatorischer Clausel.

„Wenn gleich Zöpen, der in dem Kaufe vom 16. Nov. 1866 (wie in dem Erbvergleiche vom 29. Oct. 1866, auf welchem die betreffende Bestimmung in dem Kaufe basirt) benannte Wohnsitz der Klägerin, als Zahlungsort im Sinne des §. 707. des bürgerl. Gesetzbuchs zu gelten hätte, so würde doch Beklagter, um sich vor den Folgen des Verzugs zu sichern und beziehentlich Klägerin in moram accipiendi zu versetzen, im Hinblick auf die Bestimmungen des §. 748. sowie des §. 749. verbis: „oder sich zur bestimmten Zeit am Orte der Erfüllung nicht einstellt, während der Verpflichtete daselbst zur Erfüllung bereit ist", rechtzeitig in Zöpen, oder an einem sonst geeigneten Orte

vergl. Siebenhaar in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. 29. S. 18.

die schuldige Leistung anzubieten, nach Befinden zur Deposition zu verschreiten gehabt haben, was gethan zu haben Beklagter gar nicht anführt.

Dagegen erscheint es dem Oberappellationsgerichte, wenn auch nicht gerade in der Richtung der Deduction Bl. —, nicht unbeachtlich, wenn Beklagter daselbst verneint, daß die Voraussetzung, unter der Klägerin vor dem 1. Nov. 1874 zu kündigen befugt gewesen, nicht vorgelegen habe.

Will man nämlich auch an dem Ausdrucke „vorausgesetzt" nicht Anstoß nehmen und die Worte: „pünktliche Abführung der Zinsen vorausgesetzt" gleichbedeutend mit denen: „unter der Bedingung pünkt-

licher Abführung der Zinsen" oder ähnlichen erachten, und kann man ferner auch aus dem von voriger Instanz Bl. — angegebenen Grunde dem Beklagten nicht darin Recht geben, daß für Feststellung des Begriffes der Pünktlichkeit die bei der Bl. — bedungenen cassatorischen Clausel gesetzte vierwöchige Frist maßgebend sei, so vermag man doch der vorigen Instanz nicht in der Annahme Bl. — beizupflichten, daß Beklagter durch die Zahlung am 4ten, statt an dem in der Urkunde als Zahlungstag genannten 1. April in eine Unpünktlichkeit im Sinne obiger Clausel verfallen sei.

Denn daß der Ausdruck „pünktlich" unter Umständen den Sinn „an dem benannten Zahlungstage" haben könne, mag zwar nicht bestritten werden, allein, daß er ihn nicht nothwendig haben müsse, erhellt im concreten Falle allerdings daraus, daß zwischen den Parteien nach Bl. — vereinbart worden ist, die cassatorische Clausel mit den daran geknüpften Wirkungen solle eintreten, „wenn mit der Zahlung dieser Zinsen nicht pünktlich zu den vorbemerkten Terminen eingehalten und vier Wochen nach der Verfallzeit eines Zinstermines der an demselben fällig gewesene Zinstermin (?) noch nicht abgeführt sein würde." Der letztere Satztheil enthält nämlich, soll nicht ein innerer Widerspruch vorliegen, eine Auslegung des Sinnes des Wortes pünktlich in dem ersteren Satztheile — wenn auch nur, wie obgedacht, zunächst nur für den Fall der cassatorischen Clausel —, dahin gehend, daß eine letztere zur Wirksamkeit bringende Unpünktlichkeit nur durch Vernachlässigung des Zahlungstermines während des Zeitraumes von vier Wochen angenommen werden solle; wie denn, nur beiläufig zu bemerken, eine andere Bestimmung der Pünktlichkeit nach einem Zeitraume von drei Wochen in derselben Urkunde Bl. — in noch präciserer Ausdrucksweise („dergestalt pünktlich, daß ꝛc.) zu finden ist. Hierüber mag ebenfalls noch nebenhin darauf aufmerksam gemacht werden, daß, da nach Bl. — der Zinslauf am 12. Nov. 1866 begonnen hat, die Fälligkeit der Zinstermine aber auf den 2. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. October jeden Jahres bestimmt ist, es sich anscheinend um theilweise Pränumerandozahlung handelt, also eine Ausnahme von der auf Postnumerandozahlung hinweisenden Regel des §. 1080. vorliegt, Ausnahmebestimmungen aber eine mildere Auslegung für den Schuldner empfohlen erscheinen lassen.

Während nun im Falle einer Redewendung, wie der: „unter der Bedingung pünktlicher Abführung der Zinsen an den unten zu benennenden Zinsterminstagen", oder: „dafern die Zinsen an den und den Tagen pünktlich abgeführt werden", in Mangel anderer Bedenken allerdings anzunehmen wäre, daß mit dem Ablaufe des Tages der zeitweilige Verzicht auf das Kündigungsrecht sich erledigt habe, so erscheint nach dem Vorausgeführten der Ausdruck „pünktlich" als ein der Interpretation nach billigem richterlichen Ermessen nicht unzugänglicher und hiernach eine Abführung des Zinstermines am 4. statt am 1. April um so weniger, als eine im Sinne der Clausel

unpünktliche, als nach den Klagunterlagen anzunehmen ist, daß Beklagter, wollte er nicht den oben angedeuteten, für Klägerin im Zweifel lästigeren Weg der Oblation in Zöpen einschlagen, an einem dritten Orte die Klägerin oder deren Mandatar aufsuchen mußte, dies aber im Zweifel, sollte er die Zahlung nicht vor dem Ablaufe des an sich bestimmten Zahlungstages von dem Zahlungsorte Zöpen absenden, deren Eintreffen bis nach dem Ablauf dieses Tages ohnehin verzögern mußte."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verw. Stockmann ÷ Freiherrn von Streit, vom 4. Nov. 1869. — Ger.-Amt Borna.)

81.

Hat die beim Kaufe über ein Trennstück für einen bestimmten Tag bedungene Zahlung des Kaufpreises als eine Vorleistung zu gelten, deren Unterlassung den Verkäufer von der Erfüllung seiner Verpflichtungen befreit? — Unmögliche Leistung? (Zu §. 859. verb. mit §§. 711. 1089. 753., bez. zu §§. 799. u. 1009 f. des bürgerl. Gesetzbuchs.)

„Der Umstand, daß nach Einverständniß der Parteien beim 1sten bis 3ten Einlassungspunkte in dem zwischen ihnen über das Bl. — (Einlassungspunkt 3.) bezeichnete, vom Stammgute der Beklagten annoch abzutrennende Areal abgeschlossenen Kaufvertrage im Voraus ein bestimmter Tag zur Zahlung des Kaufpreises festgestellt worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob bis dahin das zur legalen Abtrennung des verkauften Grundstückstheiles nöthige Verfahren vollständig durchgeführt sein werde, berechtigt noch nicht zu der Annahme, daß die Zahlung des Kaufpreises als eine sogenannte Vorleistung des Klägers im Sinne der Schlußbestimmung des §. 859. des bürgerl. Gesetzbuchs zu gelten habe, dergestalt, daß erst dann, wenn jene Zahlung bewirkt worden, die Beklagten ihrerseits zur Erfüllung des abgeschlossenen Handels gehalten werden könnten. Jene Festsetzung eines bestimmten Zahlungstages enthält gegenüber der an sich aus der Natur des Kaufgeschäftes für beide Theile sich ergebenden Verpflichtung, Zug um Zug zu erfüllen, nur eine dem Kläger bezüglich der Zahlung des Kaufpreises verwilligte Gestundung, durch welche den Beklagten noch keineswegs die Berechtigung verliehen wird, die nach den allgemeinen Vorschriften in §. 711. des bürgerl. Gesetzbuchs nach Abschließung des Kaufvertrags (zu vergl. Einlassungspunkt 1.) ihrerseits zu bewirkende Uebertragung des verkauften Areals an Klägern, zu verschieben. Zu dieser Uebertragung gehört — §. 1089. des bürgerl. Gesetzbuchs — wesentlich mit, daß die Beklagten Alles thun, was ihrerseits geschehen muß, damit die Eintragung Klägers im Grund- und Hypothekenbuche wegen des ihm verkauften Areals erfolgen könne. Wenn hierzu, wie der Inhalt des unterm 2. Dec. 1867 zum Abschlusse gelangten Kaufvertrages Bl. —, verbunden mit

der Verordnung, die Ausführung des Gesetzes über die Theilbarkeit des Grundeigenthums betr., vom 30. Nov. 1843. §. 5., lehrt, vor allen Dingen erforderlich gewesen ist, daß Seiten der Beklagten das gesetzliche Abtrennungsverfahren beantragt und durchgeführt werde, eine Thätigkeit, von welcher keineswegs zu vermuthen ist, daß sie auf etwas Unmögliches sich beziehe, so kann es, da für dieselbe eine bestimmte Frist vertragsmäßig nicht besonders festgesetzt worden ist, abgesehen von dem weiter unten zu betrachtenden Widerspruche der verwittweten Große, sich nur noch fragen, ob die nach der Natur der fraglichen Leistungen als angemessen erscheinende Zeit den Beklagten gegönnt gewesen sei, um sie ihrerseits als zu deren Gewährung gehalten zu erachten. Dies zu bejahen trägt, in Uebereinstimmung mit der vorigen Instanz, das Oberappellationsgericht kein Bedenken, denn Kläger hat die vorliegende Klage erst nach länger als Jahresfrist von Abschluß des Kaufes an erhoben, gegenwärtig aber sind vom gedachten Zeitpunkte an nahezu zwei Jahre vergangen, eine Periode, welche, wenn schon den Beklagten zugegeben werden kann, daß sie erst nach Abschluß des Kaufes mit ihrer hier fraglichen Thätigkeit zu beginnen gehabt haben, an sich betrachtet, zu deren wirksamer Durchführung, welche herbeizuführen eben den Beklagten obliegt, hinreichend erscheint. — Wenn der Kläger seinerseits den ihm für die Zahlung des Kaufpreises festgesetzten Termin hat verstreichen lassen, ohne zu zahlen, so läßt sich hieraus, bei der vorstehend dargelegten übrigen Sachbewandtniß, zu Gunsten der Beklagten nur die Frage herleiten, ob und inwieweit Kläger durch jene Unterlassung in Verzug gerathen sei? Diese Frage hat aber Kläger selbst schon zu Gunsten der Beklagten beantwortet, denn er hat sich Bl. — beschieden, daß er von der für den erkauften Grund und Boden ausfallenden Kaufsumme von Abschluß des Kaufes an die vertragsmäßig bestimmten $4\frac{1}{2}$ Procent Zinsen, vom bestimmten Zahlungstage an aber Verzugszinsen den Beklagten zu zahlen habe. Wenn nun in der jetzt erhobenen Klage Kläger zugleich zur Zahlung des vertragsmäßigen Kaufpreises (sammt Zinsen, wie vorstehend angegeben) sich erboten und hiermit jedenfalls die ferneren Folgen seines Verzugs beseitigt hat (§. 753. des bürgerl. Gesetzbuchs), von voriger Instanz aber den Beklagten auferlegt worden ist, die ihnen bezüglich der Uebertragung des fraglichen Areals noch obliegende Leistung, soweit dabei die Erlegung des Kaufpreises sammt Zinsen von Belang sein kann, nur gegen diese Leistung Klägers zu bewirken, so erscheint Beklagten Alles gewährt, was ihnen nach Inhalt des von ihnen eingeräumten Vertrags und nach dem demselben zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse überhaupt gewährt werden konnte.

Wenn Beklagte behaupten, die Erfüllung des Vertrages, soweit sie jetzt noch von ihnen gefordert wird, versagen zu können, weil die in §. 3. des Kaufvertrages genannte verwittw. Große mit Rücksicht auf den für sie auf dem Stammgute haftenden Auszug ihre Geneh-

migung zur Abtrennung des verkauften Grund und Bodens verweigere, obwohl, wie Beklagte Bl. — zugleich hervorheben, der verw. Große für ihren Widerspruch ein haltbarer Grund nicht zur Seite steht, so kann dieser Einwand für beachtlich nicht angesehen werden. Nach Maßgabe des zur Begründung der Klage dienenden Kaufvertrages §. 3. und 5. Bl. — können sich Beklagte ihrem Abkäufer gegenüber nicht entbrechen, jenen Widerspruch der verwittw. Große zu beseitigen. Soweit es dazu der Mitwirkung der Große selbst — beziehentlich des für dieselbe bestellten Vormundes — bedürfen würde, kann dies allein nach bekannten gesetzlichen Bestimmungen

vergl. §. 799. des bürgerl. Gesetzbuchs und
Siebenhaar, Commentar ꝛc. Bd. II. S. 66. 90 f.

nicht als ein Moment aufgefaßt werden, welches die fragliche Leistung der Beklagten zu einer unmöglichen im Sinne von §§. 1009 f. des bürgerl. Gesetzbuchs machte; es muß den Beklagten überlassen bleiben, wie sie die ihnen obliegende Beseitigung jenes Erfordernisses bewirken wollen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Wange's ÷ Wehner u. Conf., vom 2. Nov. 1869. — Ger.-Amt Sayda.)

82.

Der in re certa eingesetzte Pflichttheilserbe, von welchem das Testament nicht als inofficiös angefochten wird, hat kein Recht, über die Verwaltung eines zum Nachlasse des Testators gehörigen Grundstückes Rechnungsablegung zu fordern.

„Der Ansicht der vorigen Instanz, daß die Bl. — erhobene Klage, mittelst welcher Kläger vom Beklagten Rechnungsablegung über die Verwaltung des Bl. — näher bezeichneten, zu dem Nachlasse Johannen Sophien geschied. Hager verw. gew. Ziliack gehörigen Grundstücks beansprucht, nicht aufrecht erhalten werden könne, hat das Königl. Oberappellationsgericht bei anderweiter Erwägung der Sache lediglich beipflichten müssen.

Zuvörderst erscheint es völlig zweifellos, daß die Höhe des Pflichttheils auch nach dem gegenwärtig geltenden Rechte stets nur nach dem Bestande des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers zu berechnen ist, und daß daher Nutzungen, welche nach dem Tode von einzelnen Nachlaßgegenständen gezogen worden sind, hierbei nicht in Betracht kommen. Es ergiebt sich dies deutlich aus den Bestimmungen in §§. 2564. 2000. 2573. des bürgerl. Gesetzbuchs, und es ist nicht abzusehen, wie das Gegentheil aus §. 2291. in Verbindung mit §. 2301. des nämlichen Gesetzbuchs abzuleiten sein solle, indem dort nur von der Erbschaftsklage, nicht aber von der Berechnung des Pflichttheils die Rede ist.

Hiernächst ist es zwar richtig, daß nach dem bürgerl. Gesetzbuche (vergl. §. 2589.) dem Pflichttheilsberechtigten sowohl auf Gewährung als auf Ergänzung des Pflichttheils die Erbschaftsklage nach Verhältniß seines Pflichttheils zusteht, und die persönliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, welche das Römische Recht kennt, als beseitigt zu gelten hat.

Vergl. Siebenhaar, Commentar zu dem bürgerl. Gesetzbuche, Bd. III. S. 401 f.

Allein hieraus folgt nur nicht, daß das von Klägerm in der gegenwärtig zur Beurtheilung vorliegenden Klage gestellte Verlangen ein berechtigtes wäre. Denn Kläger hat in dieser Klage nicht etwa die Gültigkeit des Bl. — in Abschrift beigebrachten, von der Großmutter seines Mündels errichteten Testamentes wegen Verletzung seines Mündels im Pflichttheile angefochten, vielmehr Bl. — ausdrücklich erklärt, daß er sich die nähere Ausführung hierunter für einen anderen Proceß vorbehalte. Es besteht also ihm gegenüber das gedachte Testament zur Zeit wenigstens noch vollständig in Kraft. Ist nun in diesem letzten Willen zwar Klägers Mündel mit zum Erben eingesetzt, jedoch unter dem Hinzufügen, es solle derselbe die Summe von 200 Thlrn., zahlbar zwei Jahre nach dem Tode der Testirerin, erhalten, so existirt für jetzt für Klägers Pflegbefohlenen, der solchem nach lediglich als Vermächtnißnehmer erscheint (vergl. §§. 2171. und 2184. des bürg. Gesetzbuchs), eben nur ein Recht auf Gewährung der Summe von 200 Thlrn., keineswegs aber ein Recht, Rechnungsablegung über die Verwaltung eines zum großmütterlichen Nachlasse gehörigen Grundstückes zu fordern.

Es war daher das angefochtene Urthel zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Richters in Altersvormundschaft des minderjährigen Ziliack ÷ Ziliack, vom 4. Nov. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Leipzig.)

83.

Die Ehefrau kann ihr zustehende, dem ehemännlichen Nießbrauche unterliegende Forderungen mit Einwilligung des Ehemannes kündigen und einklagen. Der Beitritt des Letzteren zu der von der Ehefrau ausgestellten Processvollmacht genügt zum Nachweise der ehemännlichen Zustimmung (zu §. 1677. u. 1682. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Der gesetzliche Nießbrauch des Ehemannes ist zwar der Bestimmung in §. 660. des bürgerl. Gesetzbuchs gemäß, soweit nicht besondere Bestimmungen darüber vorhanden sind, nach den über die Dienstbarkeit des Nießbrauchs geltenden Vorschriften zu beurtheilen. Wie jedoch schon die Bestimmungen in §. 1686. verglichen mit §. 650. bezüglich der Erlöschung beider Rechte auf den wichtigen Unterschied

hinweisen, welcher zwischen der Dienstbarkeit des Nießbrauchs, als einem willkürlich und einseitig aufzugebenden Befugnisse, und dem gesetzlichen ehemännlichen Nießbrauche, als einem mit bestimmten, einseitig unlösbaren Verpflichtungen gegen die Ehefrau verknüpften Rechte, obwaltet, so erscheint auch, soviel den hier in Rede stehenden Nießbrauch an Forderungen anlangt, der wesentlich verschiedene Character beider Rechte in den von zweiter Instanz Bl. — hervorgehobenen Bestimmungen der §§. 1677. u. 625. ausgedrückt. Während der Nießbraucher kraft Dienstbarkeitsrechts, abgesehen von den Fällen, in welchen die Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung (§§. 617 ff. verbunden mit §. 629.) eine Modification herbeiführen kann, die den Gegenstand seines Rechts bildende Forderung, gleich als ob sie ihm abgetreten wäre, unabhängig von der Zustimmung oder Concurrenz des Nießbrauchspflichtigen einklagen darf, ist der Nießbraucher kraft ehemännlichen Rechts (mit der in §. 1677. a. E. erwähnten Ausnahme) hinsichtlich der Einklagung von der Einwilligung der Ehefrau abhängig, dergestalt, daß der Widerspruch der Letzteren, dafern er nicht im Wege der nach §. 1657. eintretenden richterlichen Cognition beseitigt wird, die Klagerhebung Seiten des Ehemannes gänzlich ausschließt. Es handelt sich hierbei eben nicht blos um Ausübung des ehemännlichen Nießbrauchs, sondern zunächst und hauptsächlich um einen Act derjenigen Verwaltung, welche der Ehemann unter eigener Verantwortlichkeit (§. 1655.) zu führen hat, bei welcher aber auch der Ehefrau in ähnlicher Weise wie bei nicht vertretbaren Gegenständen des eheweiblichen Vermögens (vergl. §§. 1674. 1675.) eine Stimme zukommt. Kann aber hiernach die Erhebung und Einklagung einer eheweiblichen Forderung durch den Ehemann der Sache nach nur als Ausdruck des übereinstimmenden Willens der Ehegatten betrachtet werden, — ein Ausdruck, der nach Befinden auch in der Klaganstellung Seiten des Ehemannes auf den Namen der Ehefrau erblickt werden dürfte, — so ist nicht abzusehen, warum diese Willensübereinstimmung wirkungslos sein soll, wenn sie auf Einklagung der Forderung durch die Ehefrau geht. Daß eine solche Vereinbarung der Ehegatten, die ohne das Nießbrauchsrecht des Ehemannes an dem eingeklagten Betrage zu berühren, in der That einen Act der ehemännlichen Verwaltung mit enthält, nicht eine unsittliche oder unerlaubte im Sinne von §§. 793. 1647. u. 1694. sei, ist für sich klar. Auch tritt ihr keine gesetzliche Vorschrift verbietend entgegen, im Gegentheile wird in der Bl. — angezogenen §. 1682. der Fall, daß die Ehefrau wegen des Stammes des eheweiblichen Vermögens einen Rechtsstreit mit einem Dritten führt, ohne Beschränkung auf die Receptitienqualität des streitigen Stammes erwähnt. Gewiß kann es auch nicht als Eingriff in das ehemännliche Verwaltungsrecht, wie Bl. — geschehen, betrachtet werden, wenn die Ehefrau mit Zustimmung des Verwaltungsberechtigten den Stamm einer ihr zugehörigen Forderung einklagt. Nur bezüglich der etwa mit geforderten

Zinsen kann die Frage entstehen, ob die Ehefrau hierbei zugleich in Vertretung des Ehemannes als Nießbrauchers handle und deshalb die dem Letzteren entgegenstehenden Einreden insoweit gegen sich gelten zu lassen habe, — eine Frage, die, wie unten zu erörtern, hier nicht einschlägt.

Nach der Ansicht jetziger Instanz bedarf es nun in dem vorliegenden Falle zum Nachweise der ehemännlichen Zustimmung zu der Klagerhebung Seiten der Ehefrau nicht erst des Eingehens auf die in Klagabschn. 39 f. angeführte Erklärung des Ehemannes, oder auf die in Klagabschn. 139 ff. behauptete Agnitionserklärung des Beklagten. Jener Nachweis erscheint schon dadurch erbracht, daß die Bl. — ersichtliche Proceßvollmacht von dem Ehemanne der Klägerin mit vollzogen ist und die Richtigkeit dieser Unterschrift zu bezweifeln ein Grund um so weniger vorliegt, als Beklagter nach Bl. — verglichen mit Bl. — keinen Anstand genommen hat, den Ehemann als mitklagende Partei zu bezeichnen. Die Bl. — wider die Specialität des Vollmachtsblanquets erhobenen Ausstellungen werden durch den Inhalt der Urkunde sattsam widerlegt und sind schon von zweiter Instanz Bl. — mit Recht verworfen worden. Das Bedenken endlich, ob diese Mitunterschrift der Proceßvollmacht ausreichen würde, gleich einer wirklichen Cession ein dem Mitunterschreibenden selbst zustehendes Klagrecht zu übertragen,

Annalen, Bd. I. S. 356. Nr. 101. Bd. II. S. 476. Nr. 70.

schlägt hier, soviel den geforderten Hauptstamm anlangt, überhaupt nicht ein, und könnte daher blos hinsichtlich des unten zu berührenden Zinsenpunktes in Frage kommen. ꝛc."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Burkhardt ÷ Burkhardt, vom 4. Nov. 1869.*) — Ger.-Amt Pulßnitz.)

84.

Derjenige, welchem die Grunddienstbarkeit der Wasserleitung über das Grundstück eines Andern zusteht, ist nicht befugt, die zur Ausübung der Dienstbarkeit erforderlichen Vorrichtungen beliebig und in einer solchen Weise zu verändern, welche eine größere Belästigung des dienenden Grundstücks mit sich bringt. Ein Recht zu derartigen beliebigen Veränderungen kann durch Ersitzung nicht erworben werden.

„Steht auch dem Beklagten unbestrittener Maßen die Grunddienstbarkeit der Wasserleitung aus dem Brunnen des Klägers und über dessen Wiesengrundstück zu, und ist er auch in Folge dessen in Gemäßheit der Bestimmung in §. 526. des bürgerl. Gesetzbuchs be-

*) In IV. Instanz bestätigt durch Urthel vom 19. Febr. 1870.

rechtigt, alle Handlungen vorzunehmen, ohne welche die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann, so ist er doch immer nicht befugt, die zur Ausübung der Dienstbarkeit erforderlichen Vorrichtungen beliebig zu verändern. Im Zweifel und so lange nicht eine durch hinzugetretene Umstände hervorgerufene zwingende Nothwendigkeit dafür vorliegt, daß an einer derartigen Vorrichtung eine Veränderung vorgenommen werde, damit sie die Ausübung der dem herrschenden Grundstücke zustehenden Dienstbarkeit in der Maße und in dem Umfange, in welchem sie diesem Grundstücke zukommt, ermögliche, ist die betreffende Vorrichtung nur in demjenigen Zustande zu erhalten, in welchem sie seither bestanden hat, und am wenigsten kann eine beliebige Veränderung jener Vorrichtung dann als zulässig betrachtet werden, wenn sie der Natur der Sache nach eine größere Belästigung des dienenden Grundstücks mit sich bringt. Ein Fall der letzteren Art würde aber voraussetzlich hier dann vorliegen, wenn Beklagter die Röhrenleitung tiefer gelegt haben sollte, als sie früher lag. Denn ein solches Tieferlegen der Röhren würde eine größere Belästigung des Grundstücks Klägers schon dadurch mit sich bringen, daß bei vorkommenden Erneuerungen der Röhren eine größere Masse Erde ausgegraben und auf Klägers Grundstück ausgeworfen werden muß, und außerdem wird durch das Tieferlegen der Röhren der Natur der Sache nach ein größerer Druck des aus dem Brunnen ausströmenden Wassers und in Folge dessen ein beschleunigter und vermehrter Wasserabfluß herbeigeführt. Auch wenn daher Klägers Behauptung, daß durch das Tieferlegen der Röhren seinem andern Brunnen das Wasser zum größten Theile entzogen worden sei, nicht in Wahrheit beruhen sollte, würde doch immer dem Kläger nicht anzusinnen sein, daß er sich die von dem Beklagten angeblich ausgeführte Veränderung des Röhrenlegens gefallen lassen müßte. Nun hat zwar allerdings Beklagter die das erfolgte Tieferlegen der Röhrenleitung betreffenden Abführungen Klägers bei den Einlassungspunkten 25—27. 35—40. 42—44. im Allgemeinen verneint, gleichwohl hat er Bl. — als möglich zugegeben, daß wenigstens an einem Punkte, nämlich da, wo die Röhrentour auf Klägers Grundstücke in den Chausseegraben eintrete, die letzten Ellen der Röhrenleitung einige Zoll tiefer gelegt worden seien, um die Verbindung mit den unter der ungefähr eine Elle unter der Oberfläche des Wiesengrundstücks befindlichen Chausseegrabensohle liegenden Röhren herzustellen.

Schon die vorige Instanz hat sich nach Bl. — die Frage gestellt, ob dieses Zugeständniß des Beklagten nicht zu dessen unbedingter Verurtheilung führen müsse, sie hat aber diese Frage um deswillen verneint, weil Beklagter gleichzeitig Bl. — bestimmt behauptet habe, daß sämmtliche Röhren auf Klägers Wiesengrundstück nur 19 bis höchstens 22 3/4 Zoll unter der Oberfläche lägen, mithin die von dem Kläger selbst als statthaft anerkannte Tiefe von höchstens 24 Zoll nicht erreichten.

Diesen Grund hat man jedoch gegenwärtig für durchschlagend nicht erachten können.

Wie schon erwähnt worden, hat Beklagter selbst als möglich zugegeben, daß die letzten Ellen der Röhrenleitung auf Klägers Wiese um einige Zoll tiefer gelegt worden seien, und er hat demgemäß auch Bl. — nur behauptet, daß im Uebrigen eine Tieferlegung der Röhren auf Klägers Grundstücke nicht stattgefunden habe. Die Tieferlegung eines Theils des Röhrenlagers auf Klägers Wiese ist daher von dem Beklagten zur Genüge zugestanden worden. Nun hat zwar Kläger selbst in seiner Klage Bl. — angeführt, die Röhren hätten früher auf seiner Wiese in einer Tiefe von 22 bis höchstens 24 Zoll unter der Oberfläche gelegen und bei dem Punkte c. der Handzeichnung in einer Tiefe von 24 Zoll unter der Oberfläche in den Chausseegraben eingemündet, und es würde daher sich fragen lassen, ob dann, wenn trotz der Tieferlegung der letzten Ellen der Röhrenleitung diese letzten Ellen gegenwärtig nicht tiefer liegen sollten, als höchstens 24 Zoll unter der Oberfläche, der Kläger berechtigt sein würde, die bewirkte Tieferlegung der Röhren als eine Turbativhandlung zu bezeichnen. Allein Beklagter hat Bl. — gleichzeitig zugegeben, daß die Chausseegrabensohle circa eine Elle, also 24 Zoll, unter der Oberfläche des Wiesengrundstücks sich befinde und daß die Röhren in dem Chausseegraben unter dessen Sohle liegen, und es folgt hieraus von selbst, daß die Röhren in dem Chausseegraben tiefer als 24 Zoll liegen. Da Beklagter nun nach seiner eigenen Angabe die letzten Ellen der Röhrenleitung auf Klägers Wiese zu dem Zwecke tiefer gelegt hat, um die Verbindung mit den unter der Chausseegrabensohle liegenden Röhren herzustellen, so folgt hieraus von selbst, daß die letzten Ellen Röhren mit den unter der Chausseegrabensohle befindlichen Röhren in gleichem Niveau liegen müssen, und daß sie daher, nach der für zugestanden anzusehenden Tieferlegung derselben, wenigstens an dem Punkte, wo sie aus Klägers Grundstück in den Chausseegraben eintreten, mehr als 24 Zoll unter der Oberfläche sich befinden.

Ist aber unter diesen Umständen für constatirt zu erachten, daß Beklagter wenigstens theilweise durch Tieferlegung der Röhren das von dem Kläger als äußerste Grenze der Tieflage anerkannte Maß überschritten habe, und erscheint daher Klägers Berechtigung zur Anstellung der Negatorienklage schon hiernach als begründet, ohne daß es noch eines speciellen Beweises der von dem Kläger in seiner Klage angeführten Nachtheile bedarf, so konnte es sich nur noch fragen, ob das von dem Beklagten in der Anmerkung zu Einlassungspunkt 13. Bl. — Angeführte rechtliche Beachtung zu finden habe. Auch das war aber zu verneinen. Beklagter hat dort angeführt, daß von den Besitzern der ihm zugehörigen Grundstücke seit längst verjährter Zeit und seit Menschengedenken ganz nach ihrem Belieben und Bedarf Wasser aus dem fraglichen Brunnen mittelst einer unterirdischen Röhrenleitung entnommen und jede beliebige Reparatur an dieser

Röhrenleitung sowie jede zum Zwecke möglichst reichlicher und practischer Zuleitung des Wassers beliebte Anlage derselben ausgeführt worden sei, und es scheint hiernach Beklagter behaupten zu wollen, daß er durch Ersitzung das Recht erworben habe, die fragliche Röhrenleitung in ihrer Anlage beliebig und wie es ihm für die Zwecke seines Grundstücks am Passendsten erscheinen möge, zu verändern. Allein, wie schon die vorige Instanz Bl. — bemerkt hat, erscheint die Ersitzung einer solchen, ihrem Umfange nach ganz in die Willkür des Berechtigten gestellten Dienstbarkeit rechtlich undenkbar. Wäre auch während eines Zeitraumes von 30 oder mehr Jahren von den Besitzern des herrschenden Grundstücks die erwähnte Wasserleitung in ihrer Anlage mehrfach verändert worden, und hätten auch die Besitzer des dienenden Grundstücks diese Veränderungen sich gefallen lassen, so würde doch immer hierdurch für die Besitzer des herrschenden Grundstücks noch nicht das Recht begründet worden sein, auch in Zukunft jede beliebige Veränderung der Wasserleitung nach Gutdünken vornehmen zu können. Jede vorgenommene Veränderung gewährte den Besitzern des herrschenden Grundstücks das Befugniß auf die Fortdauer des veränderten Zustandes in Folge Ersitzung erst dann, wenn der veränderte Zustand die Ersitzungszeit über gleichmäßig fortbestand; jeder neuen Veränderung kann aber der Besitzer des dienenden Grundstücks widersprechen und dieses Widerspruchsrecht darf ihm selbstverständlich der neuen Veränderung gegenüber nicht dadurch entzogen werden, daß er früher bei anderen Veränderungen, die ihm vielleicht unnachtheilig erschienen, von seinem Widerspruchsrechte nicht Gebrauch gemacht hat.

Bei dieser Lage der Sache hat man gegenwärtig sich veranlaßt gesehen, auf Klägers Appellation die unbedingte Verurtheilung des Beklagten, dem gestellten Klaggesuche gemäß, auszusprechen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Götz'ens ÷ Leonhardt und Flemming u. Consl., vom 4. Nov. 1869.*) — Ger.-Amt Schneeberg.)

85.

Der Bürge, welcher nicht zugleich mit dem Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber in ein Gesammtschuldverhältniß getreten war, kann nur erst dann in Anspruch genommen werden, wenn dem Hauptschuldner gegenüber die Forderung zur Fälligkeit gelangt war.

„Das in der Klage erwähnte Darlehn der 400 Thlr.—— ist nicht den Beklagten, sondern dem Bl. — genannten Otto von dem Kläger gewährt worden und es haben Beklagte für dasselbe zwar unter Entsagung der Einreden der Theilung und der Vorausklage, aber nicht

*) In IV. Instanz bestätigt mittelst Urthels vom 5. Februar 1870.

in der Maße sich verbürgt, daß sie zugleich mit dem Hauptschuldner dem Kläger gegenüber in ein Gesammtschuldverhältniß getreten wären. Sie konnten daher auch von dem Kläger nur erst dann in Anspruch genommen werden, wenn dem Hauptschuldner gegenüber die Zahlbarkeit der geklagten Forderung eingetreten war. Von diesem Gesichtspunkte aus hat auch Kläger in seiner Klage nicht nur behauptet, er habe das Capital der 400 Thlr. — — dem Hauptschuldner am 10. März 1867 ausdrücklich aufgekündigt und dessen Rückzahlung binnen Vierteljahrsfrist verlangt, sondern es ist auch von ihm darauf Bezug genommen worden, daß er seit dem 15. März 1867 keine Zinsen erhalten habe, so daß die in der Schuldverschreibung Bl. — stipulirte cassatorische Clausel in Wirksamkeit getreten sei. Das letztere Anführen hat in dem Bl. — anzutreffenden und in Rechtskraft übergegangenen Bescheide eine Berücksichtigung nicht gefunden und es kann daher auch schon deshalb dahingestellt bleiben, ob es, um die Fälligkeit der geklagten Forderung den Beklagten gegenüber darzuthun, genügt haben würde, oder ob Kläger nicht gleichzeitig anzuführen gehabt hätte, daß er gegen den Hauptschuldner, beziehentlich gegen dessen Erben erklärt habe, er mache von der verwirkten cassatorischen Clausel Gebrauch. Dagegen ist in Betreff der in der Klage behaupteten Kündigung auf Leistung des hierunter dem Kläger Seiten der Beklagten zurückgegebenen Eides erkannt und es sind die Beklagten nur unter vorausgesetzter Leistung dieses Eides der Klagbitte gemäß verurtheilt worden.

Die vorigen Instanzen sind nun zwar nach Bl. — und — der Ansicht, daß es der Ableistung jenes Eides gegenwärtig um deswillen nicht weiter bedürfe, weil die den Beklagten am 14. Juli 1868 geschehene Klagbehändigung die Stelle der Aufkündigung vertrete und daher und da zwischen diesem Tage und der am 28. Octbr. 1868 stattgefundenen Bekanntmachung des obgedachten Bescheids eine mehr als einvierteljährige Aufkündigungsfrist jedenfalls abgelaufen, die libellirte Darlehnsforderung unbedingt für fällig zu achten sei. Allein diese Folgerung würde doch immer nur dann für zutreffend angesehen werden können, wenn die Verhältnisse in der That so lägen, daß durch die Klagbehändigung eine die Fälligkeit der gedachten Forderung bewirkende Aufkündigung hätte geschehen können. Dieser Fall würde aber unter den obwaltenden Umständen nur dann eingetreten sein, wenn Kläger die Klage gegen den Hauptschuldner oder dessen Erben angestellt hätte, während hier, wo Kläger lediglich den Bürgen gegenübersteht, durch eine an die Letzteren geschehene Kündigung allein die Fälligkeit der Forderung Klägers an sich überhaupt nicht herbeigeführt, demnach aber auch durch Behändigung der vorliegenden Klage an die Beklagten nicht bewirkt werden konnte.

Es bedarf daher auch gegenwärtig, und obschon seit der Klagbehändigung ein bei weitem längerer Zeitraum als die in der angezogenen Urkunde stipulirte einvierteljährige Kündigungsfrist verflossen

ist, noch der Constatirung der Thatsache, daß dem Hauptschuldner oder seinen Erben gegenüber die in Rede stehende Forderung zur Fälligkeit gelangt sei, und es konnte mithin die Leistung des hierauf bezüglichen, in dem Bescheide Bl.— erkannten Eides an sich nicht entbehrt werden."

(Urthel des O.=A.=Ger. in Sachen Döll's ÷ Ott und Consl., vom 5. Novbr. 1869. — Ger.=Amt Elsterberg.)

86.

Uebung gewerbmäßiger Unzucht als Grund, die älterliche Einwilligung zur Verehelichung zu versagen (zu §§. 1602. und 1603. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Die Einwilligung der Aeltern zur Verehelichung ihrer Kinder kann nach §. 1602. des bürgerl. Gesetzbuchs nur aus erheblichen Gründen versagt und in Ermangelung solcher von dem zuständigen Gerichte ergänzt werden. Als erhebliche Gründe zur Verweigerung der älterlichen Einwilligung bezeichnet der §. 1603. des bürgerl. Gesetzbuchs diejenigen, aus denen die Besorgniß entsteht, daß die Ehe eine unglückliche sein werde. Dies ist das allgemeine Princip. Beispielsweise führt dann das Gesetz einzelne Fälle an, in denen die gedachte Besorgniß als begründet angenommen werden soll, ohne jedoch durch die Exemplification alle Fälle erschöpfen zu wollen. Ausdrücklich wird als Grund der Verweigerung der älterlichen Einwilligung mit angeführt, wenn der andere Theil ein unsittliches Leben führt oder Verbrechen sich hat zu Schulden kommen lassen.

Im vorliegenden Falle gesteht nun die Mitklägerin am andern Theile Bl. — ausdrücklich zu, daß sie vor sieben Jahren während eines halben Jahres in einem öffentlichen Hause dem unzüchtigen Erwerbe obgelegen habe; sie sowohl, als auch der Kläger versichern aber zugleich, daß dermalen gegen den moralischen Charakter der Mitklägerin ein begründeter Vorwurf nicht erhoben werden könne. Die Versicherungen der klagenden Partei finden aber in dem miteingesendeten Polizeifascikel Nr. 73034. keine genügende Unterstützung, vielmehr theilweise Widerlegung. Darnach hat die Mitklägerin am andern Theile im Jahre 1862 sich dem Prostitutionsregulative unterworfen und ist sie als öffentliches Freudenmädchen eingezeichnet worden. Am 25. Octbr. 1862 kam sie nach Bl. — wegen Syphilis in das Hospital und am 28. März 1863 wurde sie nach Bl. — wegen verbotenen nächtlichen Herumtreibens aufgegriffen und wegen Uebertretung des Prostitutionsregulativs verwarnt. Nun schweigen zwar die Polizeiacten einige Jahre über sie, indem sie nach Bl. — am 22. Decbr. 1863 nur wegen Nichtlösung der Logiskarte bestraft wurde. Allein daß sie den früheren unsittlichen Erwerb in der Zwischenzeit nicht aufgegeben, geht daraus hervor, daß nach Bl. — bei einer auf Beschwerde der Nachbarn in ihrer Privatwohnung vorgenommenen

Revision Abends eine fremde Mannsperson aufgegriffen wurde, welche sie nach Ankunft des Eisenbahnzuges vom Bahnhofe mit in ihre Wohnung genommen hatte. Damals wurde sie nach Bl. — „wegen Contravention gegen das Prostitutionsregulativ" mit zwei Tagen Gefängniß bestraft. Ferner wurde sie nach Bl. — am 11. Septbr. 1867 mit ihrer jüngern Schwester beim nächtlichen Herumstreifen aufgegriffen und, obschon sie in Folge der Intercession des Klägers nicht mehr zu den ärztlichen Untersuchungen der Prostituirten gezogen ward, dennoch nach dem Prostitutionsregulative behandelt und bestraft und endlich, da nach Bl. — eine abermalige Beschwerde des Besitzers des Hauses, worin sie wohnte, wegen verdächtigen Verkehrs fremder Mannspersonen in ihrem Miethlogis einging, nach Maßgabe des Bl. — über sie erstatteten, ihrer sittlichen Haltung sehr ungünstigen Polizeiberichts im Novbr. 1867 „wegen Mangels soliden Erwerbes und dringenden Verdachts gewerbmäßiger Unzucht" sammt ihrer Schwester aus Leipzig aus- und in ihre Heimath (Böhmen) gewiesen. In dem gedachten Polizeiberichte wird übrigens angeführt, daß sie, da ihre Blüthezeit vorüber sei, ihren Erwerb durch Verkuppelung ihrer jugendlichen Schwester zu suchen scheine, sowie daß der Kläger am ersten Theile, ein conditions- und verdienstloser Handlungscommis, von den Geschwistern Mühl ernährt werde und dafür die Dienste eines sogenannten „Louis" verrichten solle.

Seitdem scheint die Mitklägerin am andern Theile sich nach Crimmitzschau gewendet und daselbst ein Putzgeschäft begründet zu haben, ohne daß für diese letztere Periode ihres Lebens etwas Bestimmtes (Nachtheiliges oder Vortheilhaftes) über ihre sittliche Haltung actenkundig geworden ist.

Die klagende Partei macht nun gegen das Bl. — ersichtliche Erkenntniß, worin ihr Gesuch um richterliche Ergänzung des vom Vater des Klägers verweigerten Eheconsenses in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist, vorzüglich geltend, daß

a.

einerseits der Mitklägerin am andern Theile ein Verbrechen, wie §. 1603. des bürgerl. Gesetzbuchs offenbar voraussetze, nicht vorzuwerfen sei, und

b.

auf der andern Seite nicht vorliege, daß sie auch jetzt noch ein unsittliches Leben führe, obschon §. 1603. ausdrücklich im Präsens spreche, also die sittliche Vergangenheit nicht berücksichtigt wissen wolle.

In dieser Beziehung kann man

zu a.

es ganz auf sich beruhen lassen, ob die Uebung gewerbsmäßiger Unzucht, nachdem sie durch das revidirte Strafgesetzbuch vom 1. Octbr. 1868 (Art. 354.) aufgehört hat, ein Criminalvergehen zu sein und

nach §. XVI. der Publicationsverordnung vom nämlichen Tage blos der polizeilichen Cognition unterworfen worden ist, an sich betrachtet, annoch als ein solches Verbrechen angesehen werden kann, auf Grund dessen die älterliche Genehmigung zur Verehelichung versagt werden darf.

Auf jeden Fall kommt

zu b.

in Betracht, daß durch die von der Mitklägerin am andern Theile fünf Jahre lang geübte gewerbsmäßige Unzucht und insbesondere durch den Umstand, daß sie unter den Vorschriften des Prostitutionsregulativs der Zahl der öffentlichen Freudenmädchen eingereiht worden und in diesem Verhältnisse bis zu ihrer im Herbste des Jahres 1867 erfolgten Ausweisung geblieben ist, also nicht einmal freiwillig ihren unsittlichen Erwerbszweig aufgegeben hat, ein solcher Makel dem sittlichen Charakter derselben aufgedrückt worden ist, welcher das frühere unsittliche Verhalten derselben auch in der Gegenwart als noch fortwirkend erscheinen läßt, mithin an sich sowohl die Consensverweigerung des Beklagten zu rechtfertigen geeignet ist, als auch die Ergänzung der väterlichen Einwilligung zur Zeit wenigstens hindert.

Nun ist zwar das Königl. Oberappellationsgericht der Ansicht, daß eine derartige Anrüchigkeit des sittlichen Charakters nicht für untilgbar angesehen werden kann. Denn die Absicht des Gesetzes kann nicht dahin gedeutet werden, daß unglückliche Frauenspersonen durch einen Schritt dieser Art, den sie nach Befinden aus Armuth und Noth oder aus Arglosigkeit und Verführung gethan haben können, für alle Zeiten zur Schande, Ehr- und Ehelosigkeit verdammt sein sollen, sondern daß ihnen auch noch die Möglichkeit eröffnet bleiben muß, sich sittlich wieder herzustellen und zu einer geachteten Existenz zurückzukehren. Dafür müssen aber, wenn es sich darum handelt, die verweigerte älterliche Einwilligung zur Verheirathung mit einer solchen Person richterlichen Amts wegen zu ergänzen, bestimmte und unzweideutige Anzeichen der wahrhaften innern und dauernden Besserung dargelegt werden, welche geeignet erscheinen, die Vergangenheit vergessen und die durch sie begründete sittliche Anrüchigkeit als beseitigt und ausgeglichen ansehen zu können.

Das Königl. Oberappellationsgericht trug daher zwar einerseits kein Bedenken, das vorige Erkenntniß zu bestätigen, muß jedoch auch andererseits den Klägern vorbehalten, bei der ersten Instanz anderweite Anträge auf Eheconsenssupplirung zu stellen, wenn sie glauben, daß durch die seit Ende 1867 von der Mitklägerin am andern Theile beobachtete Lebensführung der ihrem sittlichen Charakter anklebende Makel beseitigt und ihr Ruf, soweit dies durch Reue und Lebensbesserung überhaupt möglich ist, wiederhergestellt sei."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Lorenz'ens und der Mühl ÷ Lorenzen d. ä., vom 11. Novbr. 1869. — A.-Ger. Leipzig.)

87.

Die Ehefrau hat in Processen mit dem Ehemanne, in denen es nur um Sicherstellung ihres Einbringens sich handelt, keine Restitution gegen die Versäumniß am Beweise (zu Dec. 4. v. J. 1661).

„Nach der Lage der Acten (vergl. Bl. —) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Beklagte sich an dem Bl. — ihr rechtskräftig auferlegten Beweise sich versäumt habe. Beklagte kann daher auch die von den bisherigen Instanzen an dieses Versäumniß folgerichtig geknüpfte Wirkung, wornach sie die Löschung des in der Klage und deren Beifugen gedachten, unterm 31. Mai 1867 auf Fol. 417. des Grund- und Hypothekenbuchs für Reichenbach bewirkten, das ebenmäßig in der Klage gedachte angebliche eheweibliche Einbringen von 300 Thlr. — — betreffenden Eintrags einer Cautionshypothek geschehen zu lassen hat, nicht ablehnen. Nur die Frage hatte man sich gegenwärtig vorzulegen, ob etwa mit Rücksicht auf die Vorschriften der IV. Decis. vom J. 1661, welche nach der Praxis auf jedes in Bezug auf die Rückforderung des Einbringens Seiten einer Ehefrau verhangene processualische Versäumniß Anwendung erlangt hat, das Befugniß der Beklagten, zunächst Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich des jetzt fraglichen Versäumnisses am Beweise zu beanspruchen, in Betracht zu ziehen gewesen und in dieser Richtung gegenwärtig zu Gunsten der Letzteren das vorige Urthel abzuändern sei. Man hatte aber diese Frage zu verneinen. Vor allen Dingen hat die Beklagte wegen ihres Versäumnisses Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht nachgesucht; auch erledigt sich die fernere Frage: ob etwa die Sache so gestaltet sei, daß der Beklagten, wie die angezogene Decision sagt, „hierinne vom Richter praeveniret werden könne," schon dadurch, daß Erstere auch jetzt noch nicht ihren Beweis zu den Acten überreicht hat, und daß es hiernach an einem nicht unerheblichen Momente gebricht, um, so weit hier nöthig, zu übersehen, ob durch jenes Versäumniß Beklagte für verletzt erachtet werden könne, wobei darauf aufmerksam zu machen ist, daß nach Bl. — man zur Zeit annehmen muß, es habe das Versäumniß darin seinen Grund, daß Beklagte ihrem Sachwalter das Material zum Beweise zu schaffen nicht im Stande gewesen sei.

Hätte man aber selbst in der Berufungsschrift Bl. —, nach deren Fassung, zugleich ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu finden und dabei davon auszugehen, daß schon das Versäumniß selbst zugleich die genügende Bescheinigung der erlittenen Verletzung enthalte, so müßte es um deswillen bedenklich fallen, die oben aufgeworfene Frage zu bejahen, weil das jetzt in Geltung befindliche bürgerl. Gesetzbuch das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand weder in Bezug auf besondere Rechtsverhältnisse noch in Bezug auf besonders begünstigte Personen kennt.

Und dürfte man selbst zu Gunsten der Beklagten davon ausgehen, daß man in der hier in Frage kommenden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein proceſſualiſches Rechtsinſtitut zu erblicken habe, deſſen Geltung durch das Inkrafttreten des bürgerl. Geſetzbuchs nicht berührt worden ſei, ſo würde man um deswillen nicht dahin gelangen, im vorliegenden Falle die Ertheilung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand für angezeigt zu erachten, weil überhaupt der durch die angezogene Deciſion getroffene Fall nicht vorliegt. Das nurgedachte Geſetz handelt, wenn man ſich den Stand der Geſetzgebung zur Zeit der Erlaſſung dieſes Geſetzes bezüglich des Schutzes der Ehefrauen wegen ihres Einbringens durch ſtillſchweigende Hypothek an den Gütern des Ehemannes vergegenwärtigt — Const. XXIV. P. II., Proc.=Ordn. Tit. 43. §. 1. — und hiermit im Zuſammenhange die Ueberſchrift und die Eingangsworte des Geſetzes betrachtet,

vergl. auch Gottschalck, Discept. for. Tom. II. Cap. III. u. XXII. (ed. II.)

von der Seiten der Eheſrau im Proceßwege durchzuführenden Verfolgung ihrer Anſprüche auf Herausgewährung ihres Einbringens. Gegenwärtig aber kommt nicht dieſer Anſpruch, ſondern es kommen Maßnahmen der Eheſrau in Frage, welche dieſelbe kraft beſonderer geſetzlicher Vorſchrift ergriffen hat, um die Sicherſtellung ihres Einbringens dem widerſprechenden Ehemanne gegenüber aufrecht zu erhalten. Dieſe beſonderen Rechte und Pflichten ſind den Eheſrauen im Königreiche Sachſen erſt durch das Mandat, die Aufhebung der ſtillſchw. Hypotheken ꝛc. betr., vom 4. Juni 1829, §§. 25—40. verliehen, beziehentlich auferlegt und dann in der ſpäteren Geſetzgebung

Geſetz, die Grund= u. Hypothekenbücher betr., vom 6. Novbr. 1843, §§. 38 ff. 42.

Bürgerl. Geſetzbuch §§. 390. 397.

im Weſentlichen in Kraft erhalten worden. Es hat alſo der Geſetzgeber das jetzt fragliche Streitverhältniß und einen zu deſſen Erledigung dienenden Beweis bei Erlaſſung der Deciſ. 4. von 1661 noch nicht vor Augen haben können, und können daher die durch dieſes Geſetz eingeführten beſonderen Vergünſtigungen im gegenwärtigen Falle nicht Anwendung finden."

(Urthel des O.=A.=Ger. in Sachen Böhm's ÷ uxor., vom 11. Novbr. 1869. — Ger.=Amt Reichenbach.)

88.

Zur Lehre von ſogen. Oralfideicommiſſen (zu §§. 2384. und 2385. des bürgerl. Geſetzbuchs).

„Wenn in §§. 2384. und 2385. des bürgerl. Geſetzbuchs beſtimmt iſt, daß ein Erblaſſer auch ohne alle Form in Gegenwart ſeiner Erben oder Vermächtnißnehmer denſelben entweder mündlich oder durch Ueber=

gabe einer die Anordnung von Vermächtnissen enthaltenden Schrift Vermächtnisse auflegen könne, und daß, wenn ein Erblasser mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer mit dem Vermächtnisse habe beschweren wollen, dies aber blos gegen einen von ihnen in der in §. 2384. angegebenen Weise erklärt habe, solches gegen Alle gelte, so ergiebt sich aus diesen Vorschriften unzweifelhaft, daß ein sogenanntes Oralfideicommiß, obschon es keiner besonderen Form und keiner solennen Worte bedürfe, wenn der Erblasser seinen Willen dem gegenwärtigen Erben selbst gegenüber, sei es nun mit ausdrücklichen, in die Form des Befehls, der Bitte, des Wunsches, der Hoffnung oder Erwartung eingekleideten Worten, sei es mittelst Uebergabe einer Schrift, zu erkennen gegeben habe. Die bloße Gegenwart des Erben oder Vermächtnißnehmers reicht mithin nicht aus und es genügt nicht, daß der Erblasser in Gegenwart des Erben oder Vermächtnißnehmers einer dritten Person gegenüber, und wäre diese auch der Honorirte selbst, seine Absicht, den Erben oder Vermächtnißnehmer mit einem Oralfideicommisse beschweren zu wollen, an den Tag legt.

Vor dem Inkrafttreten des bürgerl. Gesetzbuchs gehörte nun allerdings die Frage, ob bei einem Oralfideicommisse der Erblasser seinen Willen dem Erben direct bekannt machen müsse, oder ob es genüge, wenn derselbe diesen seinen Willen nur überhaupt in Gegenwart des Erben kundgebe, in Sachsen nicht zu den unbestrittenen, und es ist insonderheit nach dem von

Berger, Oecon. jur. (ed. Winkler) Lib. II. tit. IV. thes. 33.
Hommel, Rhaps. Obs. VI.
Kind, Quaest. for. Tom. I. Cap. XLII.

Bezeugten auch von den Sächsischen Spruchbehörden in dieser Beziehung verschieden erkannt worden.

Abgesehen aber davon, daß die erstere, u. A. auch von

Bauer, die Churf. Sächs. Decisionen v. J. 1746 zu Dec. XI. §. 6. S. 122.

vertheidigte Meinung an sich als die dem Inhalte der c. ult. C. de fideicomm. und der §. fin. J. de fideicomm. heredit. entsprechendere zu betrachten sein dürfte, braucht auch auf eine nähere Erörterung dieser Frage um deswillen nicht eingegangen zu werden, weil die hierunter obwaltende Differenz durch die angezogenen Bestimmungen des bürgerl. Gesetzbuchs entschieden worden ist und durch selbige die allegirten Gesetzesstellen ihre Auslegung in dem oben erwähnten Sinne gefunden haben, somit aber die Vorschriften des bürgerl. Gesetzbuchs in Gemäßheit §. 3. auch auf vorliegenden Fall in Anwendung zu bringen sind.

Es kann sich daher nur noch darum handeln, ob die in der Klage Bl. — erwähnte Erklärung des Erblassers der Beklagten als eine an die Letztere selbst gerichtete zu betrachten sei. Beide vorige Instanzen haben dies verneint und auch gegenwärtig hat man das bezügliche

Anführen Klägers nicht als so bestimmt ansehen können, daß man anzunehmen vermöchte, es erhelle aus ihm mit genügender Deutlichkeit, daß der Erblasser der Beklagten seine gedachte Erklärung der Letzteren selbst gegenüber und nicht blos in ihrer Gegenwart abgegeben habe. Denn daß der genannte Erblasser mit dieser Erklärung an die Beklagte direct sich gewendet habe, wird von dem Kläger selbst nicht behauptet, es führt Letzterer vielmehr nur an, daß Johann Gottfried Berger jene Erklärung in Gegenwart der Beklagten ausgesprochen habe, und der Inhalt der von ihm angeblich gebrauchten Worte ist von der Art, daß es den Anschein gewinnt, sie seien an den Kläger selbst, nicht aber an Beklagte gerichtet gewesen. Ob aber der Erblasser früher bereits der Beklagten gegenüber dahin sich ausgelassen hat, daß Kläger von ihm erben solle, ist für die Beurtheilung der Sache an sich gleichgültig.

Auch findet die Thatsache, daß der genannte Erblasser gedachte seine Erklärung an die Beklagte adressirt habe, in dem von der Letzteren Bl. — Angeführten keine ausreichende Unterstützung. Beklagte behauptet dort vielmehr ausdrücklich, ihr Erblasser habe jene Worte an den Kläger gerichtet, und wenn sie auch zugiebt, daß solches in ihrer Gegenwart geschehen sei, so würde doch das, wie erwähnt, nicht genügt haben, um die Annahme zu rechtfertigen, die Beklagte sei mit einem Oralfideicommiß beschwert worden.

Ebensowenig läßt sich aber auch in dem von dem Kläger Angeführten eine hinreichend schlüssige Bezugnahme auf einen zwischen dem Kläger und dem Erblasser der Beklagten abgeschlossenen singulären Erbvertrag erblicken. Denn dafür, daß der Erblasser die Absicht gehabt habe, dem Kläger das von diesem erwähnte Vermächtniß vertragsmäßig zuzusichern und auf sein Recht, über die dem Kläger angeblich zugewendete Summe anderweit zu verfügen, Verzicht zu leisten, spricht im vorliegenden Falle nicht das Mindeste, vielmehr erfolgte die Erklärung des Erblassers nach Klägers eigenem Anführen freiwillig und ohne daß vorher eine auf Eingehung eines Erbvertrages hinzielende Verhandlung zwischen dem Erblasser und dem Kläger vorausgegangen war, und der ganze Hergang der Sache, wie er von dem Letzteren referirt wird, weist darauf hin, daß der Erblasser zwar den Willen gehegt habe, dem Kläger ein Vermächtniß zuzuwenden, nicht aber, daß er in dieser Beziehung mit dem Kläger einen Vertrag habe eingehen wollen. Die angebliche Erklärung des Klägers aber, daß er diese Zuwendung annehme, konnte für sich allein nicht hinreichen, um einen Erbvertrag zu Stande zu bringen, da Kläger mit seiner Acceptation nicht den fehlenden Vertragswillen des Erblassers ersetzen konnte.

Es war daher das vorige Urthel lediglich zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Berger's ÷ verehel. Mühle, vorher verw. gew. Berger, vom 11. Novbr. 1869. — Ger.-Amt Ebersbach.)

89.

Die Vorschriften in §. 981. des bürgerl. Gesetzbuchs leiden nicht blos dann Anwendung, wenn die Forderung durch Zahlung getilgt war, sondern auch dann, wenn sie auf anderem Wege, z. B. durch Aufrechnung, erloschen ist.

„Wie schon die Fassung des §. 984. des bürgerl. Gesetzbuchs erkennen läßt, werden durch diese Gesetzesstelle nur einzelne besondere Fälle der in §. 983. im Allgemeinen gedachten Leistungen geregelt. Beide Paragraphen sind daher im Zusammenhange aufzufassen und es ergiebt sich, daß dieselben nur bei eigentlichen Geldzahlungen Anwendung zu leiden haben. Muß man auch hiernach davon ausgehen, daß die Bezugnahme auf diese gesetzlichen Vorschriften für den vorliegenden Fall nicht zutreffend erscheine, so tritt dies dennoch der schlüssigen Begründung des Klaggesuchs nicht entgegen. Es ist §. 981. des bürgerl. Gesetzbuchs, welcher die gegenwärtig entscheidende gesetzliche Norm enthält. Darnach kann der Schuldner nach vollständiger Tilgung der Schuld Rückgabe des Schuldscheines, und wenn diese nicht möglich ist, auf Kosten des Gläubigers eine gerichtliche Quittung verlangen. Diese Vorschrift bezieht sich also nicht lediglich auf die Erlöschung der Forderungen im Wege der Geldzahlung, so weit nach der Natur der betreffenden Forderungen überhaupt deren Erfüllung durch Geldzahlung zu bewirken ist, sondern, indem sie ausdrücklich ganz allgemein die Tilgung der fraglichen Forderungen in Betracht zieht, namentlich auch auf alle und jede Handlungen des Schuldners, durch welche überhaupt die Erlöschung einer Forderung herbeigeführt wird, und es folgt hieraus, daß, wenn dem Schuldner an dieser Gesetzesstelle die Berechtigung, wegen solcher „Tilgung" Quittung zu verlangen, eingeräumt worden ist, auch dem Worte „Quittung" nicht die enge Bedeutung eines Bekenntnisses für empfangene Baarzahlung, sondern die weitere Bedeutung eines Bekenntnisses der stattgehabten Tilgung der Schuld überhaupt beigelegt werden muß. Da nun ohne Zweifel auch die Erlöschung einer Forderung im Wege der Aufrechnung als Tilgung der betreffenden Schuld angesehen werden muß und Beklagter selbst zufolge seiner Geständnisse beim 26. Einl.-Pkte. ꝛc. es gar nicht bezweifelt, daß Kläger, weil er an seine, Beklagtens, Gläubiger wenigstens 400 Thlr. — — bezahlt habe, zur Aufrechnung dieser Zahlungen gegen diejenigen 440 Thlr. — — berechtigt sei, welche nach Inhalt des der Klage unter A. abschriftlich beigefügten Kaufvertrages Kläger auf die Kaufgelder an ihn, Beklagten, noch herauszuzahlen gehabt hat, so erscheint Klägers Suchen, wie es Bl. — von ihm formulirt und Bl. — der Natur des Streitverhältnisses gemäß erläutert worden ist, nicht als unbegründet. Daß die Klagbeifuge A., soweit sie die Verpflichtung Klägers ausdrückt, die in Frage befangenen 440 Thlr. zu bezahlen, als ein dem Beklagten vom Kläger ausgestellter Schuldschein erscheint, bedarf bei dem an sich zu

einem Zweifel nicht Veranlassung bietenden Wortlaute der Urkunde in dem einschlagenden Abschnitte keiner näheren Erläuterung; im Uebrigen aber erhellt aus dem Inhalte der Urkunde, wornach Kläger neben der Zahlung der 440 Thlr. noch mehrfache andere, zum Theil auf ungewisse Zeit hinaus noch laufende Verpflichtungen gegenüber dem Beklagten übernommen hat, daß Kläger vom rechtlichen Gesichtspunkte aus nicht dahin gelangen kann, vom Beklagten Ueberlassung des Originals der Urkunde A. im Sinne des §. 981., d. h. zur freien Verfügung Klägers auf Grund des Umstandes, daß eine der durch die Urkunde verbrieften Leistungen erloschen sei, zu fordern. Der Sache nach liegt also allerdings zwischen den jetzigen Parteien der Fall so, daß es für Klägern nicht möglich ist, auf eine dem §. 981. entsprechende Zurückgabe der mehrgedachten Urkunde zukommen zu können, und muß es daher allerdings dem Kläger unbenommen sein, das für eine derartige Eventualität in §. 981. gedachte Tilgungs-Bekenntniß von seinem Gläubiger, dem Beklagten, zu beanspruchen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Sison's ÷ Herhold, vom 16. Nov. 1869. — Ger.-Amt Pirna.)

IV.

Gutachten über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten für den Norddeutſchen Bund, im Auftrage der ſtändigen Deputation des Deutſchen Juriſtentages für den Deutſchen Juriſtentag erſtattet*)

von Herrn Hofrath und Profeſſor Dr. Robert **Oſterloh** in Leipzig.

---

§. 13.
Schriftliches Vorverfahren.

Rückſichtlich der Form der Klagerhebung und des ſchriftlichen Vorverfahrens hat ſich die Commiſſion nicht dem Principe des Franzöſiſch-Rheiniſchen Rechts, ſondern dem der Hannöverſchen Proceßordnung (§. 187 flg.) und des Hannöverſchen Entwurfes (§. 231 flg.) angeſchloſſen, wornach die Thätigkeit des Gerichts nicht auf die nach Abſetzung des ſchriftlichen Vorverfahrens angeſetzte mündliche Verhandlung und Urtheilsfällung beſchränkt iſt, ſondern ſchon dieſes Vorverfahren nach Anſetzung der mündlichen Verhandlung unter Concurrenz des Gerichts abgeſetzt wird. Der Kläger hat den die Klage und die Ladung zur mündlichen Verhandlung enthaltenden Schriftſatz (§. 384. in Verbindung mit 195.) zum Zwecke der an eine Friſt von 24 Stunden gebundenen, niemals zu verweigernden Terminsbeſtimmung [illegible] den Vorſitzenden

*) Schluß vom vorigen Hefte.

(§. 395. in Verbindung mit 201. und 202.) bei dem Gerichtsschreiber einzureichen (§. 197.) und entweder unter Mitwirkung des Gerichtsschreibers (§§. 236 flg. 251 flg.) oder ohne solche durch Notare (§. 248.), beziehentlich wo nach den Landesgesetzen selbständige Zustellungsbeamte vorhanden sind (§. 243.), durch diese zustellen zu lassen (§. 244 flg.). Mit dieser Zustellung wird die Streitsache rechtshängig (§. 183 flg.) und treten damit nicht nur die in §. 183. aufgeführten eigentlich processualischen Wirkungen der Rechtshängigkeit, auf deren Aufführung sich der Entwurf mit Recht beschränkt, sondern auch nach §. 187. mit Ausnahme der Veräußerung des Klagerechts, welche nach §§. 184. bis 186. auf den Proceß regelmäßig keinen Einfluß ausübt, alle diejenigen Wirkungen ein, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die gerichtliche Anmeldung, an die Anstellung oder Mittheilung der Klage, an die Ladung oder an die Einlassung des Beklagten geknüpft werden, indem hiervon nur rücksichtlich der Unterbrechung der Verjährung in §§. 197. 255. und 266. eine zweckmäßige, wohl auch auf die durch den Gerichtsschreiber vermittelten Zustellungen im Auslande (§. 251.) auszudehnende Ausnahme gemacht ist. Die Klagbeantwortung soll der Beklagte dem Kläger nach §. 386. wenigstens eine Woche vor dem Termine zur mündlichen Verhandlung mittelst vorbereitenden Schriftsatzes zustellen lassen. Das etwaige Bedürfniß einer weiteren Vorbereitung der mündlichen Verhandlung hat nicht nur in §. 387., wornach jede Partei insoweit, als die Klagschrift und die Klagbeantwortung zu dieser Vorbereitung nicht ausreichen, überdies dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche dieser voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittelst ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mittheilen soll, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag, sondern auch in §. 388. Berücksichtigung gefunden, wornach das Gericht im Falle der Vertagung der Verhandlung (§. 290.) die Fristen bestimmen kann, binnen welcher die etwa noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzutheilen sind. Die Urschriften der Schriftsätze (§§. 237. 250.) und die Zustellungsurkunden (§§. 238 flg. 250.) kommen zu den Gerichtsacten. In den vorbereitenden Schriftsätzen sind, abgesehen von den oben in §. 12. erwähnten besonderen Erfordernissen des Klagschriftsatzes, nach

§. 173. nicht nur die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt, mit einer kurzgefaßten, aber vollständigen und bestimmten Angabe der zu Begründung derselben dienenden thatsächlichen Verhältnisse, sowie die vollständige und bestimmte Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners, sondern auch die einzelnen Beweismittel, deren sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von der Gegenpartei bezeichneten Beweismittel aufzunehmen.

Ich halte diese Bestimmungen insoweit, als dadurch das Vorverfahren unter die Aufsicht des Proceßgerichts gestellt wird, für zweckmäßig[44]). Zwar hat, wie v. Mittelstädt[45]) hervorhebt, die Aussetzung der Terminbestimmung bis nach Beendigung des ohne Mitwirkung des Gerichts zwischen den Anwälten abgesetzten Vorverfahrens nach Rheinischem Rechte unverkennbar den Vortheil, daß der Kläger, um sich die Vortheile der Klagerhebung zu sichern, der Mitwirkung des Gerichts nicht bedarf, also auch von der jedenfalls zeitraubenden Thätigkeit desselben nicht abhängig ist. Allein diesem Vortheile stehen Nachtheile gegenüber, welche so erheblich sind, daß man der in der Hannöverschen Proceßordnung eingeführten Gestaltung der Procedur unzweifelhaft den Vorzug einräumen muß. Denn ganz abgesehen davon, daß nach dem bereits oben §. 8. Bemerkten für das Gericht, wenn dasselbe vom Inhalte der Schriftsätze keine Kenntniß erlangt, die Möglichkeit ausgeschlossen ist, sich vor der mündlichen Verhandlung für diese Verhandlung wenigstens vorläufig zu informiren, entsteht auch noch überdies aus der Nichtconcurrenz des Gerichts im Vorverfahren nach Rheinischem Rechte der erhebliche Nachtheil, daß bei der Möglichkeit eines wirklichen Bedürfnisses für die Gestattung von mehr als zwei Schriftsätzen eine größere Anzahl solcher Schriftsätze ein- für allemal und ohne Rücksicht auf das Bedürfniß des concreten Falles zugelassen werden muß und daß dadurch die Streitsachen, noch ehe sie an das Gericht gelangen, in den Schreibstuben der Anwälte leicht unnöthig verschleppt und vertheuert werden, während die Berufung darauf, daß bei dem zu erwartenden Aufschwunge des Advocatenstandes und bei der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens unnöthige Verschleppungen desselben

44) a. a. O. S. 11 fg.
45) a. a. O. S. 14 fg.

durch die Anwälte nicht mehr zu befürchten seien, natürlich nicht ausreicht, ein Bedenken zu beseitigen, dessen Stichhaltigkeit und Erheblichkeit von Französischen und Rheinischen Juristen selbst zugegeben wird. Anderseits ist die von v. Mittelstädt hervorgehobene Gefahr, welche dem Kläger aus der Nothwendigkeit der Einreichung der Klage beim Gericht zum Zwecke der Terminsbestimmung entstehen könnte, nicht nur dadurch sehr vermindert, daß die Verjährung nach §§. 197. 255. und 266. in den dort bezeichneten Fällen nicht erst durch die wirklich erfolgte Zustellung unterbrochen wird, sondern auch aus dem Grunde schon an sich nicht hoch anzuschlagen, weil der Vorsitzende, wenn sonst Gefahr im Verzuge ist, selbstverständlich den Termin sofort zu bestimmen und der Gerichtsschreiber, wenn die Zustellung unter seiner Mitwirkung erfolgen soll, für sofortige Ausführung derselben Sorge zu tragen haben wird, übrigens zur Zustellung auch in solchen Ländern, wo keine selbständigen Zustellungsbeamten angestellt sind, wenigstens Notare requirirt werden können, welche die Zustellung, zumal wenn Gefahr im Verzuge ist, nicht werden verweigern dürfen. Von einer Verletzung des Princips der Dispositionsfreiheit der Parteien, wie solche v. Mittelstädt[46]) in der der Hannöverschen Proceßordnung entlehnten Regelung des schriftlichen Vorverfahrens erblicken will, kann dann keine Rede sein, wenn die Gewährung dieser Dispositionsfreiheit zu nutzlosen und kostspieligen Behelligungen und Verschleppungen gemißbraucht werden kann, und die Zwecke, deren Erreichung der Kläger bei Zustellung der Klage an den Beklagten nebenher im Auge gehabt haben kann, lassen sich nach dem Entwurfe auch auf anderem Wege erreichen. Wenn v. Mittelstädt weiter noch es als einen Vorzug des Rheinischen Verfahrens bezeichnet, daß nach demselben das Gericht von allen nicht eigentlich richterlichen Arbeiten befreit bleibe, so ist darauf schon aus dem Grunde kein Gewicht zu legen, weil die Terminsbestimmung auch nach Rheinischem Rechte selbstverständlich vom Vorsitzenden, wenn auch erst nach beendetem Schriftenwechsel, erfolgt, im Uebrigen aber die Thätigkeit des Gerichts im Vorverfahren nach dem Entwurfe sich auf Empfangnahme der in der Gerichtsschreiberei niedergelegten Schriftsätze und auf die Mitwirkung des Gerichtsschreibers bei der Zustellung dieser Schriftsätze beschränkt, also einem Sub-

46) a. a. O. S. 16.

alternbeamten überlassen ist, möglicher Weise aber auch diese Zustellung der Schriftsätze durch Notare oder selbständige Zustellungsbeamte, oder auch von Anwalt zu Anwalt bewirkt werden kann.

Eine andere Frage ist die, ob der im Entwurfe gestattete Schriftenwechsel zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung genügt. In dieser Beziehung halte ich den Entwurf einer Verbesserung für fähig und bedürftig. Es ist gewiß richtig, daß es einer Ausdehnung des vorbereitenden Schriftenwechsels über die Klagbeantwortung hinaus zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in sehr vielen Fällen nicht bedarf, weil die vom Beklagten in der Klagbeantwortung aufgestellten Behauptungen, Beweismittel und gestellten Anträge entweder gar keine Beantwortung nöthig machen, oder weil diese Beantwortung in der mündlichen Verhandlung selbst leicht erfolgen, auch die Lücke im Vorverfahren durch Fixirung des Vorbringens im Sitzungsprotocolle ergänzt werden kann. Nichtsdestoweniger gehören die Fälle, in denen der Kläger den Einreden, beziehentlich einer connexen Widerklage des Beklagten gegenüber neue Thatsachen geltend zu machen hat, noch keineswegs zu den seltenen; ja unter Umständen ist auch der Beklagte in der Lage, den Repliken gegenüber mit abermaligen neuen Thatsachen duplicatorisch hervortreten zu müssen. Fehlt es nun den Parteien zur schriftlichen Geltendmachung solcher Repliken und Dupliken an der erforderlichen Zeit, so wird dies selbstverständlich nicht blos zu umfänglichen Fixirungen im Sitzungsprotocolle, sondern auch zu häufigen Vertagungen der mündlichen Verhandlung Veranlassung geben.

Ueberhaupt geht man nach meiner Ansicht zu weit, wenn man auf das Zusammendrängen des Vorverfahrens in einen möglichst kurzen Zeitraum einen allzugroßen Werth legt. Dem Bedürfnisse der raschen Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes gegenüber steht, zumal in solchen Sachen, welche den Gegenstand des Anwaltsprocesses bilden und auf gründliche Erörterung ganz vorzugsweise Anspruch haben, das noch unabweisbarere Bedürfniß der gründlichen Erörterung und des hinreichenden Schutzes gegen Ueberstürzung der Parteien und des Richters. Diesem letzteren Bedürfnisse wird vollständig nur dann entsprochen, wenn den Parteien auch nach der Klagbeantwortung noch hinreichende Zeit bleibt, dem Gegner Thatsachen und Anträge mitzutheilen, welche zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung

dienen. Eine Gestaltung des Vorverfahrens, welche den Parteien diese Gelegenheit abschneidet oder doch allzusehr verkürzt, führt, wie in Hannover die Erfahrung lehrt, zu häufigen Vertagungen der mündlichen Verhandlung und dadurch, ganz abgesehen von den damit für das Gericht sowohl, als für die Parteien verbundenen Belästigungen, zur Verschleppung des Processes. Nun hat zwar die Commission dem möglicher Weise eintretenden Bedürfnisse einer Ausdehnung des Vorverfahrens über die Klagbeantwortung hinaus dadurch abzuhelfen gesucht, daß sie nicht nur in §. 387. nach Vorgang von §§. 239. bis 241. des Hannöverschen Entwurfes den Parteien die Verpflichtung auferlegt, insoweit die Klagschrift und Klagbeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittelst ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzutheilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag, sondern auch es in §. 388. dem Gerichte überläßt, im Falle einer in Gemäßheit des §. 290. eintretenden Vertagung die Fristen zu bestimmen, binnen welcher die etwa noch erforderlichen Schriftsätze mitzutheilen sind. Nach meinem Dafürhalten genügen jedoch diese Bestimmungen keinesweges, um unnützen Vertagungen der Verhandlung wirksam vorzubeugen. Für die in Folge der Klagbeantwortung etwa nöthig werdenden weiteren Schriftsätze, durch deren rechtzeitigen Eingang solchen Vertagungen am wirksamsten vorgebeugt wird, ist die letzte Woche vor der mündlichen Verhandlung, zumal wenn dem Gegner noch hinreichende Zeit zu Einziehung von Erkundigungen bleiben soll, wenigstens in irgendwie umfänglicheren und verwickelteren Sachen, leicht nicht ausreichend. Hierzu kommt, daß es oft sehr zweifelhaft sein wird, ob die der Gegenpartei zur Einziehung der Erkundigungen verbliebene Frist genügend gewesen ist, und daß die den Schriftsatz zustellende Partei häufig nicht zu übersehen im Stande sein wird, welche Frist hierzu erforderlich sei. Unter solchen Umständen werden nach dem Entwurfe, wenn derselbe unveränderte Annahme finden sollte, wie in Hannover, häufige Vertagungen nicht ausbleiben und dadurch die Processe mehr verschleppt und vertheuert werden, als durch eine angemessene Ausdehnung des schriftlichen Vorverfahrens, von welchem die

Parteien überall da, wo ein solches eingeführt ist, wenn sie vom Processe überhaupt etwas hoffen, erfahrungsmäßig in ihrem wohlverstandenen Interesse vollen Gebrauch machen. Zur Beseitigung dieses Uebelstandes bedarf es aber nach meiner Ansicht nicht etwa einer neuen Regelung des Vorverfahrens überhaupt, sondern nur der Bestimmung, daß die Klagbeantwortung mindestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung, weitere Schriftsätze aber mindestens eine Woche vor derselben zuzustellen seien, was freilich, wenigstens in solchen Fällen, wo die Zustellung der Klage im Inlande erfolgt, die Verlängerung der in §. 385. geordneten Einlassungsfrist und zwar auf eine vierwöchentliche nothwendig zur Folge haben müßte. Ich halte diese Verlängerung der Einlassungsfrist für um so rathsamer, als die Thätigkeit der Parteien nach dem Entwurfe durch die Einführung des Princips der Beweisverbindung schon im Vorverfahren auf das Anbieten der Beweismittel ausgedehnt ist, es mithin eines hinreichenden Schutzes gegen unnütze Vertagungen sogar noch mehr bedürfen wird, als im Hannöverschen Processe. Indeß wird darauf erst unten nach Besprechung dieses Princips der Beweisverbindung zurückzukommen sein. Glaubt man jedoch der Befürchtung Raum geben zu müssen, daß das Vorverfahren durch eine solche Erweiterung der Einlassungsfrist allzusehr ausgedehnt würde, so dürfte sich wenigstens eine gesetzliche Regelung der Frist für die weiteren Schriftsätze und etwa die Bestimmung empfehlen, daß dieselben längstens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen seien.

§. 14.
Princip der Beweisverbindung.

Nach §. 173. Ziff. 3. sollen die vorbereitenden Schriftsätze die Angabe der einzelnen Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von der Gegenpartei bezeichneten Beweismittel enthalten, und nach §. 441. hat jede Partei bei der Hauptverhandlung unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären, während nach §. 449. der Gebrauch neuer Beweismittel nach dem Schlusse der Hauptverhandlung und nach §. 450. die Geltendmachung

neuer Einwendungen gegen die Zuläſſigkeit, rechtliche Wirkſamkeit oder Glaubwürdigkeit eines Beweismittels von beſonderen Vorausſetzungen abhängig gemacht iſt.

Die Commiſſion hat ſich damit dem Principe der Beweisverbindung angeſchloſſen, wie ſolches bereits in mehreren älteren deutſchen Particulargeſetzgebungen und neuerdings im Hannöverſchen Entwurfe und im Preußiſchen Entwurfe, wenn auch in ſehr verſchiedenem Ausbau, Aufnahme gefunden hat.

Gegen die Einführung dieſes Princips habe ich, ungeachtet der mannigfachen Einwendungen, welche dagegen von verſchiedenen Seiten erhoben worden ſind, und obwohl ſich der erſte[47]) deutſche Juriſtentag dagegen ausgeſprochen hat, an ſich nicht das geringſte Bedenken. Vielmehr halte ich daſſelbe, wie ich bereits in meiner mehrerwähnten Kritik des Sächſiſchen und Hannöverſchen Entwurfes S. 135 fg. ausgeführt habe, bei ſonſt zweckmäßiger Geſtaltung der Procedur für ein ganz vortreffliches[48]). Ich will die dort ausführlich dargelegten Gründe, welche mir hierbei maßgebend zu ſein ſcheinen, bei der Wichtigkeit der Sache hier nochmals kurz zuſammenſtellen.

Die dem gemeinen Deutſchen Rechte eigenthümliche Spaltung der Erörterung in das erſte Verfahren, welches ſtattfinden *muß*, um den Parteien zum Gebrauche ihrer Angriffs- und Vertheidigungsmittel Gelegenheit zu geben, und das Beweisverfahren, welches nöthig werden *kann*, um die Richter nach rechtskräftiger Erledigung aller Vorfragen von der Wahrheit der ſtreitig gebliebenen thatſächlichen Behauptungen zu überzeugen, gewährt den Vortheil, daß Fragen, welche jedenfalls einmal im Proceſſe entſchieden werden müſſen, rechtskräftig entſchieden werden, ehe die Parteien ihre Beweisthätigkeit beginnen, daß alſo denſelben, wenn ſich herausſtellt, daß es keines Beweiſes bedürfe, die Aufſuchung und Herbeiſchaffung von Beweismitteln erſpart wird. Zugleich ſchützt dieſe Spaltung vor allzugroßer gleichzeitiger eventueller Häufung des vom erkennenden Richter zu bewältigenden Beweismaterials. Anderſeits entſteht aber freilich daraus nicht nur der Nachtheil, daß der Proceß durch das Beweisinterlocut und durch die dagegen nach

47) Verhandlungen S. 328 fg.
48) Gab a. a. O. S. 32 fg.

gemeinem Rechte zugelassenen und bei der Wichtigkeit der in diesem Interlocute entschiedenen Fragen nothwendig zuzulassenden Rechtsmittel leicht sehr verschleppt wird, sondern daß auch der an das Beweisinterlocut gebundene Richter, wenn er sich hinterher von dessen Unrichtigkeit überzeugt, das Erkenntniß wider seine einstweilen erlangte bessere Ueberzeugung auf das unrichtige Beweisinterlocut stützen, also aus rein formellen Gründen wissentlich eine materiell falsche Entscheidung fällen muß. Irrthümliche Beweisinterlocute sind aber bei dieser Gestaltung der Procedur um so häufiger, als die Parteien im ersten Verfahren zwar zu Aufstellung ihrer thatsächlichen Behauptungen, nicht aber zu deren specieller Ausführung genöthigt werden können, der Richter also zur Zeit der Abfassung des Interlocuts den Sachverhalt in seinem speciellen Ausbau noch gar nicht zu übersehen vermag, ganz abgesehen davon, daß sich sehr häufig erst nach Eingang der Beweisschrift die Nutzlosigkeit der ganzen Beweisauflage herausstellt, weil es an der hierbei vorausgesetzten Möglichkeit specieller Ausführung der betreffenden Thatsachen überhaupt oder an den geeigneten Beweismitteln fehlt, oder weil die zum Zwecke künstlicher Beweisführung nachträglich vorgebrachten Thatsachen hierzu schon an sich nicht geeignet sind.

Das den Gegensatz zu diesem Principe bildende Princip der Beweisverbindung, vermöge dessen den Parteien die Verpflichtung obliegt, ihre Beweismittel sofort bei der Behauptung anzubieten und mit der Erklärung auf die Behauptungen der Gegenpartei die Erklärung auf die Beweismittel und das Anbieten der Gegenbeweismittel zu verbinden, gewährt zunächst den überaus hoch anzuschlagenden Vortheil, daß die Parteien zur sofortigen speciellen Ausführung ihrer thatsächlichen Behauptungen einschließlich derjenigen genöthigt werden, aus denen der Richter bei künstlicher Beweis- oder Gegenbeweisführung auf die Existenz oder Nichtexistenz der Beweisthatsache schließen soll, so daß der Richter das factische Streitmaterial bei Erlassung der Beweisverfügung vollständig übersehen kann und vor Fehlgriffen bei dieser Beweisverfügung gesichert wird. Auch wird dadurch nicht blos der Proceß abgekürzt und dem Gegner die Vertheidigung erleichtert, weil er das vollständige Angriffsmaterial vor sich hat, sondern es werden auch die Parteien, weil sie sich von der Tüchtigkeit ihrer Beweismittel bereits vor dem Eintritte in den Proceß Rechenschaft geben müssen, vom leichtsinnigen Aufstellen beweisloser thatsächlicher Behauptungen ab-

gehalten. Dagegen erwächst daraus der immerhin sehr erhebliche Nachtheil übergroßer Häufung vielfach unnützer eventueller Beweisanerbietungen und der damit für den Richter nothwendig verbundenen, zumal bei mündlichem Verfahren höchst bedenklichen Erschwerung des Ueberblickes. Auch wird die Partei, wenn sie zur Zeit ihrer Erklärung auf die vom Gegner behauptete Thatsache die Schwäche des Beweismaterials bereits übersieht, leicht zum Leugnen von Thatsachen verleitet, welche sie sonst zugestanden haben würde.

Aus diesen erfahrungsmäßig mit dem Principe der Beweisverbindung verbundenen Nachtheilen erklärt es sich, wenn die in so vielen anderen Beziehungen vortreffliche Hannöversche Proceßordnung von 1850 nur einen Mittelweg einschlug, indem sie zwar die gemeinrechtliche Spaltung der Erörterung beibehielt, aber die Rechtskraft des Beweiserkenntnisses auf die Instanz beschränkte und den Parteien das Recht einräumte, die Berufung gegen dieses Erkenntniß als gesetzlich vorbehaltenes Rechtsmittel nachträglich gegen das Enderkenntniß einzuwenden, worauf dann in der Oberinstanz nochmalige Prüfung der Richtigkeit dieses in der Unterinstanz unanfechtbaren und unwiderruflichen Zwischenerkenntnisses zu erfolgen hatte. Damit war zwar der Verschleppung des Processes durch gegen das Beweisinterlocut eingewendete Rechtsmittel, nicht aber den übrigen Nachtheilen der gemeinrechtlichen Einrichtung vorgebeugt.

Hiernach war es als ein glücklicher Griff zu betrachten, wenn der Hannöversche Entwurf in erster Lesung, indem er sich dem Principe der Beweisverbindung anschloß, sowohl diese Nachtheile der gemeinrechtlichen Einrichtung vollständig beseitigte, als auch den Nachtheilen des Princips der Beweisverbindung durch die Modification Abhülfe verschaffte, daß er die Geltung dieses Princips auf die mündliche Verhandlung beschränkte, während im schriftlichen Vorverfahren die Bezeichnung der Beweisthatsachen und das Anerbieten der Beweis- und Gegenbeweismittel nicht sofort mit den Behauptungen und Erklärungen verbunden werden sollte, sondern in besondere Schlußanträge verwiesen war, mithin die Beweisthätigkeit der Parteien in diesem Vorverfahren hinter das Vorbereitungsstadium der Behauptungen, also auf eine Zeit verlegt wurde, wo die Parteien das Streitmaterial und die Relevanz desselben vollständig zu übersehen im Stande sind. Damit

war nicht nur die Nothwendigkeit sofortiger specieller Entwickelung der thatsächlichen Behauptungen erreicht, sondern auch der Gefahr allzugroßer Anhäufung des in der mündlichen Verhandlung zu bewältigenden Materials durch unnütze eventuelle Beweisantretungen, zugleich aber auch der Ueberstürzung des Richters und der Parteien vorgebeugt. Das einzige aus der nur facultativen Natur des Vorverfahrens zu entnehmende Bedenken war durch die Bestimmung beseitigt, daß dann, wenn eine Partei in der mündlichen Verhandlung factisches oder Beweismaterial braucht, welches nicht schon in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist, oder das dort gebrauchte ergänzt oder abändert, die Verhandlung vom Gerichte von Amtswegen oder auf Antrag des Gegners auf Kosten der schuldigen Partei vertagt werden konnte.

Forscht man nach den Gründen, aus denen die Hannöversche Commission von diesen bei der ersten Lesung gefaßten Beschlüssen nachträglich wieder abgegangen war, so ergiebt sich, daß hierzu hauptsächlich der Wunsch möglichster Abkürzung und Vereinfachung der Procedur Veranlassung gegeben hat. Indeß sind die Vortheile der Trennung der Beweisanerbietungen von den Behauptungen im Vorverfahren, zumal in verwickelten und umfänglichen Sachen, zu groß, als daß man sich veranlaßt sehen könnte, dieselben lediglich im Interesse der Abkürzung und Vereinfachung der Procedur aufzugeben.

Ich meinerseits halte die gedachte, von der Hannöverschen Commission bei der ersten Lesung vorgeschlagene Modification des Princips der Beweisverbindung noch jetzt für vortrefflich und dieses Princip ohne eine solche Modification, bei den erheblichen Nachtheilen, welche dasselbe, zumal bei mündlichem Verfahren im Gefolge hat, für überaus bedenklich. Denn wenn schon bei schriftlicher Procedur nach den in solchen Ländern, wo man dieses Princip einführte, gemachten Erfahrungen dem Richter durch die sofort mit den Behauptungen verbundenen Beweisanerbietungen der Ueberblick erschwert und die Richtigkeit der Entscheidung gefährdet wird, so muß dies selbstverständlich bei mündlichem Verfahren noch weit mehr der Fall sein, wie denn auch die sonstigen mit dem Principe der Beweisverbindung verbundenen Nachtheile immerhin so erhebliche sind, daß es, falls dieselben nicht auf anderem Wege vermieden werden könnten, vorzuziehen sein würde, von der Einführung dieses Princips, ungeachtet mancher Vortheile, welche dasselbe gewährt, überhaupt abzusehen. Der von der Com-

miſſion eingeſchlagene Weg, nach welchem das Princip ſchon im ſchriftlichen Vorverfahren Anwendung finden ſoll, iſt um ſo bedenklicher, als derſelbe zwar in einigen neueren Entwürfen empfohlen, aber bis jetzt in keiner anderen auf dem Mündlichkeitsprincipe beruhenden Deutſchen Proceßgeſetzgebung eingeſchlagen worden iſt, mithin es für ſeine Zweckmäßigkeit und practiſche Brauchbarkeit an allen Erfahrungen fehlt, die damit verbundenen Gefahren aber zu groß ſind und zu nahe liegen, als daß ein bloßes Experimentiren damit irgendwie gerathen erſcheinen möchte.

Einer weiteren Ausdehnung des Vorverfahrens, als ich ſolche im Intereſſe der vollſtändigen Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nach dem oben in §. 13. Ausgeführten ohnehin für zweckmäßig erachte, würde es zu dem Zwecke, um im Vorverfahren die Trennung der Behauptungen von den Beweisanerbietungen herzuſtellen, nicht bedürfen, vielmehr die Anordnung genügen, daß die Angabe der Beweismittel nicht in der Klage und in der Klagbeantwortung, ſondern erſt am Schluſſe des Vorverfahrens und zwar mindeſtens drei Tage vor dem Termine zu erfolgen habe.

§. 15.

Verſäumnißurtheil.

Das Verſäumnißverfahren iſt zweckmäßig geregelt. Der Entwurf unterſcheidet nach Vorgang der meiſten neueren Proceßgeſetzgebungen in §§. 406. 407. u. 415. in Verbindung mit §§. 425. bis 429. zwiſchen Verſäumung am Termine zur Hauptverhandlung oder an einem der dieſem in §. 415. gleichgeſtellten Termine und dem Ausbleiben in anderen nach dem Schluſſe der Hauptverhandlung oder zur Verhandlung über einen proceſſualiſchen Zwiſchenſtreit anberaumten Terminen. Nur in dem erſteren Falle ſoll die Verſäumung die Erlaſſung eines Verſäumnißurtheils mit der Möglichkeit, die Folgen deſſelben durch Einſpruch zu beſeitigen, zur Folge haben. Bleibt der Kläger aus, ſo wird der Beklagte nach §. 406. auf ſeinen Antrag von der Inſtanz entbunden, alſo die Klage in der angebrachten Maße abgewieſen, in welchem Falle mit der Rechtskraft des darauf lautenden Urtheils die Wirkungen der Zurücknahme der Klage (§. 355.) eintreten. Dagegen hat das Ausbleiben des Beklagten nach §§. 407. 408. und 411. Abſ. 1. die Folge, daß die in der Klagſchrift enthaltenen, ſowie die dem Beklagten vom Kläger ſpäter, und zwar längſtens acht Tage, be-

ziehentlich wenn der Letztere seine Klage geändert haben sollte, eine volle Einlassungsfrist vor dem Termine mittelst Schriftsatzes mitgetheilten, zur Begründung der Klage und der Zuständigkeit des Gerichts angeführten Thatsachen als zugestanden anzunehmen sind, und daß, soweit diese Thatsachen den Klagantrag rechtfertigen, nach dem Klagantrage erkannt, soweit dies nicht der Fall ist, die Klage durch Urtheil zurückgewiesen wird. Hierbei ist noch in §§. 409. und 410. bestimmt, daß es zur Erlassung des Versäumnißurtheils, wenn der erschienene Kläger die die Proceßlegitimation enthaltenden Urkunden im Termine vorlegt, einer vorausgegangenen Mittheilung derselben an den Beklagten nicht bedürfe, und daß zwar das Gericht, wenn es wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes eine nähere Nachweisung für nöthig erachtet, die Beibringung dieser Nachweisung in einem zu bestimmenden neuen Termine anzuordnen habe, daß aber die Mittheilung dieses Beschlusses an den Beklagten und die Ladung desselben zu diesem neuen Termine nicht erforderlich sei, obschon derselbe, wenn er erscheine, verlangen könne, daß die Sache ohne Rücksicht auf die frühere Versäumniß verhandelt werde. Dagegen bedarf es nach §. 411. Abs. 2. dann, wenn die rechtzeitige schriftliche Mittheilung neuer, in der Klagschrift nicht angeführter, bez. eine Klagänderung enthaltender Thatsachen unterblieben war, der Vorladung des Beklagten zu einem neuen Termine unter Gestattung der dazu erforderlichen achttägigen oder der Einlassungsfrist entsprechenden Frist, während in dem Falle, wenn die ausgebliebene Partei nicht ordnungsmäßig geladen war, nach §. 412. der Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils zurückgewiesen werden soll, und falls die erschienene Partei auf neuen Termin anträgt, eine neue Ladung erfolgen muß, bei welcher es dann, wenn die Ordnungswidrigkeit der früheren Ladung nur in dem Mangel ihrer Rechtzeitigkeit bestand, genügt, wenn zwischen der Zustellung der neuen Ladung und dem Termine derjenige Zeitraum liegt, welcher bei der früheren Ladung an der gesetzlichen Frist fehlte. Im Falle der Zurückweisung des Antrags auf Erlassung des Versäumnißurtheils gegen den Beklagten muß der Kläger nach §. 413. binnen zwei Wochen nach Verkündigung des Beschlusses Beschwerde erheben, widrigenfalls die Klage nach §. 414. als zurückgenommen anzusehen ist. Ebenso gilt die Klage als zurückgenommen, wenn im Falle des Ausbleibens beider Parteien keine derselben

binnen einer vom Tage des Termines an laufenden sechsmonatlichen Frist eine neue Ladung zustellen ließ.

Das Ausbleiben einer Partei in einem nach dem Schlusse der Hauptverhandlung zur mündlichen Verhandlung oder zur Verhandlung über einen processualischen Zwischenstreit bestimmten Termine hat nach §§. 425—429. nicht die Erlassung eines durch Einspruch zu beseitigenden eigentlichen Versäumnißurtheils, sondern nur den Nachtheil zur Folge, daß die von der erschienenen Partei vorgetragenen neuen Thatsachen, sofern dieselben in einem rechtzeitig mitgetheilten Schriftsatze enthalten waren, für zugestanden geachtet werden, und in Ansehung anderen neuen Vorbringens unter der nämlichen Voraussetzung angenommen wird, daß die nicht erschienene Partei die Erklärung über dasselbe verweigert habe, während die ausgebliebene Partei, wenn diese Mittheilung unterblieben war, zu einem neuen Termine rechtzeitig geladen werden muß. Macht indeß die in einem nach dem Schlusse der Hauptverhandlung zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine ausgebliebene Partei vor Erlassung des Endurtheils in einem späteren Termine unter Nachholung der versäumten Handlung ihre unverschuldete Behinderung am Erscheinen glaubhaft, so ist nach §. 427. die Abänderung oder Aufhebung eines einstweilen erlassenen Zwischenurtheils insoweit zulässig, als sie zur Abwendung der Folgen der Versäumniß erforderlich ist.

Diese Bestimmungen sind einerseits wohl geeignet, die Parteien zum Erscheinen in den zur mündlichen Verhandlung bestimmten Terminen zu nöthigen, gewähren aber auch anderseits den erforderlichen Schutz gegen Berücksichtigung von Vorbringen, wovon die ungehorsame Partei vor dem Termine keine Kenntniß erlangt hatte und dessen Berücksichtigung im Urtheile sie daher nicht erwarten konnte. Auch dagegen wird sich nichts einwenden lassen, daß der Beklagte zu dem zur Beibringung der näheren Nachweisung eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes dem Kläger bestimmten Termine nicht geladen zu werden braucht und daß es der vorausgegangenen Mittheilung der vom Kläger erst im Termine zur Hauptverhandlung vorgelegten, die Proceßlegitimation betreffenden Urkunden zur Erlassung des Versäumnißurtheils nicht bedarf, da es sich dabei nicht um neue Thatsachen, sondern nur um Nachweisung von Amtswegen zu berücksichtigender Umstände handelt, zumal ihm nach dem Entwurfe die

doppelte Möglichkeit eröffnet ist, in dem neuen Termine zu erscheinen und die Verhandlung der Sache ohne Rücksicht auf die frühere Versäumniß zu verlangen, oder doch, falls dies unterblieb, die Folgen des erlassenen Versäumnißurtheils mittelst des Einspruchs in der Hauptsache zu beseitigen.

Hierbei mag noch darauf hingewiesen werden, daß nur das Ausbleiben der Partei in den in §§. 406. 407. u. 415. bezeichneten Terminen, nicht die Verweigerung der Erklärung der in einem solchen Termine erschienenen Partei die Erlassung eines Versäumnißurtheils zur Folge hat, und daß durch das der Erlassung eines solchen Urtheils nach §. 412. als Voraussetzung dienende Erforderniß einer vorhergegangenen ordnungsmäßigen Ladung, insbesondere auch ihrer Rechtzeitigkeit, dem Einwande vorgebeugt wird, daß die vorgeschlagenen Bestimmungen für die von dem Versäumnißurtheile betroffene Partei irgendwie zu hart seien.

Im Gegentheil wird man dem Entwurfe mit besserem Rechte den Vorwurf machen können, daß er, indem er sich das französische Institut der opposition aneignete, und nach §§. 416—424. den Einspruch gegen das Versäumnißurtheil zuließ, der ausgebliebenen Partei gegenüber zu mild sei, und dadurch zur willkürlichen Verschleppung des Processes Gelegenheit gebe. Zwar hat dieser Einspruch nicht blos in der Hannöverschen Proceßordnung §§. 173 fg. und 373 fg., sowie wenigstens der Sache nach in §. 213. der Badenschen Proceßordnung, sondern auch in Art. 309. der Bayerischen Proceßordnung, in §. 196 fg. des Hannöverschen Entwurfes, in §. 377 fg. des Preußischen Entwurfes und §. 413. des Hessischen Entwurfes Eingang gefunden. Indeß kann ich mich trotz dieser fast allgemeinen Uebereinstimmung der neueren Gesetzgebungsarbeiten für diese französische Institution aus den in meiner Kritik des Sächsischen und Hannöverschen Entwurfes S. 149 f. angegebenen Gründen, welche ich noch jetzt für richtig halte, nicht erwärmen. Dieselbe beruht auf dem an und für sich gerechtfertigten Wunsche, dem guten Rechte den Sieg zu verschaffen und dasselbe gegen die ihm im Processe aus formellen Gründen drohenden Gefahren möglichst sicher zu stellen, führt aber nur dazu, daß es die Parteien das erste Mal mit dem Erscheinen im Termine weniger genau nehmen, und reicht zur Realisirung jenes Wunsches aus dem Grunde nicht aus, weil im Falle abermaliger Versäumniß das formelle Recht dennoch über das materielle den Sieg

erlangt. Auch würde die consequente Durchführung des Gesichtspunkts, auf welchem die Einführung des Einspruchs beruht, nothwendig zur Ausdehnung desselben auf alle Versäumnißfälle führen, da die Versäumung auch in anderen Fällen wenigstens mittelbar den ungünstigen Ausgang des Rechtsstreits für die ungehorsame Partei zur Folge haben kann. Die nämlichen Gründe, aus denen man in allen Ländern das beneficium restitutionis in integrum gewisser Personenklassen, obwohl dasselbe in dem Mangel jeden persönlichen Verschuldens einige Rechtfertigung findet, entweder bereits aufgehoben hat, oder doch, wie dies im Entwurfe selbst §. 272. geschehen ist, mit seiner Aufhebung umgeht, sprechen noch weit entschiedener gegen eine Einrichtung, nach welcher die Folgen der ersten Versäumniß, abgesehen von dem Nachtheile der Tragung der durch den Ungehorsam verursachten Unkosten, auch bei dem gröbsten Verschulden von jeder Partei beseitigt werden können. Freilich läßt sich das nach gemeinem Rechte unter dem Einflusse der Reichsgesetzgebung und Praxis überhand genommene ziemlich willkürliche Gebahren mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen processualische Versäumnisse schon seiner Principlosigkeit halber in keiner Weise rechtfertigen. Allein die Erfahrungen, welche man in Sachsen bei strengerer Handhabung der den Eintritt der Folgen des Ungehorsams betreffenden Bestimmungen und bei zweckmäßiger Abschwächung der damit etwa verbundenen Härten durch Restitutionsertheilung aus glaubhaft gemachten einigermaßen erheblichen Behinderungsgründen gemacht hat, liefern dafür, daß es einer solchen Verallgemeinerung der bisher nur gewissen Personenklassen ausnahmsweise zugebilligten Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht bedarf, den besten Beleg. Glaubt man aber an der Zulassung des Einspruchs, ungeachtet dieser entgegenstehenden Bedenken, aus dem freilich nur auf den Anwaltsproceß passenden, in diesem aber, wie zugegeben werden mag, nicht völlig unbeachtlichen Grunde festhalten zu müssen, weil es sich unter der Herrschaft des Anwaltzwanges nur um ein Verschulden des Anwalts, nicht der Partei selbst handelt, so würde sich nach meinem Dafürhalten zu Verhütung leichtsinniger Verschleppungen wenigstens die Bestimmung empfehlen, daß der ungehorsame Anwalt, bez. die Partei selbst, in ähnlicher Weise, wie dies in Sachsen neuerdings rücksichtlich der restitutionsberechtigten Personen vorgeschrieben ist, falls kein

genügender Behinderungsgrund glaubhaft gemacht wird, mit einer angemessenen Ordnungsstrafe zu belegen sei.

§. 16.
Beweisaufnahme und Schlußverhandlung.

Die Zweckmäßigkeit der Bestimmung, daß die die Beweisaufnahme betreffenden Anordnungen mittelst eines bloßen widerruflichen Vorbescheides, des Beweisbescheides, getroffen werden sollen, wird nach dem oben §. 14. über die Beweisverbindung Gesagten in Verbindung mit dem bereits früher in meiner Kritik des Sächsischen und Hannöverschen Entwurfes S. 123 flg. Ausgeführten und bei der Uebereinstimmung aller neueren Gesetzgebungsarbeiten in diesem Punkte keiner weiteren Darlegung bedürfen[49]). Die in §§. 442. bis 448. des Entwurfes enthaltenen, diesen Beweisbescheid betreffenden Bestimmungen weichen von demjenigen, was hierüber andere Entwürfe enthalten, im Wesentlichen nicht ab. Richtig ist, daß es einer Regulirung der Beweislast in diesem Bescheide nicht bedarf, daß vielmehr nach §. 446. nur die Bezeichnung der vom Gerichte zunächst oder doch eventuell für erheblich erachteten streitigen Thatsachen und der Beweismittel unter Benennung der etwa zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen, sowie der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat, sammt der Norm des auferlegten Schiedseides und der Gründe erfordert wird, aus welchen die Beweisaufnahme für nothwendig erachtet worden ist. Ebenso ist aber auch bei der Möglichkeit, daß bei der späteren Abfassung des Endurtheils andere Richter thätig werden, oder doch sich der von den Betheiligten in der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärungen nicht mehr vollständig erinnern, zum Zwecke der Fixirung des Streitmaterials die Aufnahme eines Thatbestandes im Beweisbescheide unentbehrlich und in §. 447. ausdrücklich vorgeschrieben. Einer besonderen Hervorhebung der Unzulässigkeit einzelner Beweismittel bedarf es nicht, obwohl sich das Gericht hierüber in den dem Beweisbescheide beigegebenen Gründen zweckmäßig kurz aussprechen wird. Auch würde bei der Widerruflichkeit des Bescheides ein Zurückgreifen auf für unzulässig erklärte Beweismittel nicht schlechterdings aus-

49) Vergl. auch Gab a. a. O. S. 27 fg.

geschlossen sein. Dabei sind in §§. 443. und 444. Bestimmungen getroffen, welche dem Gerichte rücksichtlich der Regulirung der Beweisaufnahme mit Recht völlig freies Ermessen einräumen, während dieses Ermessen in §. 445. zweckmäßig durch die Vorschrift beschränkt wird, daß ein Beweisbescheid in dem Falle, wenn die mündliche Verhandlung in Gemäßheit des §. 301. zunächst auf einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel beschränkt worden ist, erst dann erlassen werden soll, wenn die mündliche Verhandlung auch über die übrigen Angriffs- und Vertheidungsmittel geschlossen ist. Die in §. 448. enthaltene Bestimmung, daß die Parteien auf Grund der früheren Verhandlungen eine Abänderung des Beweisbescheides erst nach Erledigung desselben zu beantragen befugt sein sollen, wird durch das Bedürfniß gerechtfertigt, daß Störungen und Verzögerungen der angeordneten Beweisaufnahme möglichst verhütet werden müssen.

Auch an den in §§. 451. bis 468. des Entwurfes enthaltenen, die Beweisaufnahme und die Schlußverhandlung betreffenden Vorschriften wird sich wenig aussetzen lassen. Nur möchte ich es mit Gad[50]) sehr bedenklich finden, daß die Beweisaufnahme, welche in Uebereinstimmung mit dem Principe der Unmittelbarkeit regelmäßig vor dem Proceßgerichte erfolgen soll, nicht nur in solchen Fällen, wo davon ohnehin selbstverständlich eine Ausnahme gemacht werden muß, sondern nach §. 474. Ziff. 2. auch dann vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen kann, wenn die Abhörung der Zeugen oder Sachverständigen (§. 511.) vor dem Proceßgerichte voraussichtlich erheblichen Schwierigkeiten unterliegen oder sehr zeitraubend sein würde. Da die Abhörung der Zeugen und Sachverständigen schon wegen der Nothwendigkeit der Protocollirung der Aussagen (§. 503. in Verbindung mit §. 343. Ziff. 3.) in den meisten Fällen eine mehr oder weniger zeitraubende ist und namentlich sehr beschäftigte Gerichte daher leicht geneigt sein werden, von dieser ihnen ertheilten Ermächtigung häufigen Gebrauch zu machen, wird die Abhörung, wenn es bei dieser Bestimmung bleiben sollte, meist vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen, und so factisch die Mittelbarkeit die Regel, die Unmittelbarkeit nur die Ausnahme bilden. Nach meiner Ueberzeugung wird diese Ausnahme von dem

50) a. a. O. S. 44 fg.

Principe der Unmittelbarkeit bei der Wichtigkeit dieses Princips durch die bloße Rücksicht auf die mit der unmittelbaren Abhörung der Zeugen und Sachverständigen vor dem erkennenden Gerichte für dieses letztere verbundene Belästigung in keiner Weise gerechtfertigt und die gänzliche Streichung der in Ziffer 2. des §. 474. statuirten Ausnahme oder doch die Beschränkung derselben auf den Fall, wo die unmittelbare Abhörung sehr schwierig sein würde, nicht dringend genug empfohlen werden können.

Weiter kann ich mich auch damit nicht einverstanden erklären, daß nach §. 467. beim Ausbleiben einer Partei in dem zur Schlußverhandlung anberaumten Termine in dem Falle, wenn die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattgefunden hat, der Vortrag der erschienenen Partei das ganze Ergebniß der Beweisaufnahme umfassen soll, dem Vorsitzenden aber nur die Berichtigung und Vervollständigung dieses Parteivortrags zur Pflicht gemacht ist. Vielmehr glaube ich in dieser Beziehung der Vorschrift der Hannöverschen Proceßordnung (§. 236.) und des Hannöverschen Entwurfes (§. 305.), wornach es ein Gerichtsmitglied ist, welches in solchem Falle das Ergebniß der Beweisaufnahme auf Grund der Protocolle und der etwa abgegebenen Gutachten im Zusammenhange vorzutragen hat, aus dem Grunde den Vorzug geben zu müssen, weil die der erschienenen Partei gestellte Zumuthung, auch dasjenige in ihren Vortrag aufzunehmen, was zu ihrem Nachtheile gereicht, bei der Schwierigkeit, jede einzelne Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit in diesem Parteivortrage zu beseitigen, wenig practisch ist und ohnehin den Vortrag des Gesammtergebnisses der Beweisaufnahme durch den Vorsitzenden in vielen Fällen nöthig machen wird, jedenfalls aber nur auf diesem letzteren Wege der parteiischen Färbung des hier ohnehin nur mittelbar zur Kenntniß der Hörer gelangenden Beweismaterials mit einiger Sicherheit vorgebeugt werden kann.

§. 17.
Beweismittel. Augenschein.

An den Bestimmungen des Entwurfes in §§. 299. 469 bis 471. über den Beweis durch Augenschein, welche in der Hauptsache mit denen des Hannöverschen Entwurfes übereinstimmen, wird sich im Allgemeinen nichts aussetzen lassen. Nur insofern möchte ich dieselben als lückenhaft bezeichnen, als weder über die Verpflichtung

des Gegners und dritter Personen, in deren Inhabung sich der zu besichtigende Gegenstand befindet, zur Gestattung der Einnahme des Augenscheins, noch über das die Nöthigung des Gegners oder des Dritten zu dieser Gestattung bezweckende Verfahren Vorschriften aufgenommen worden sind, wie dies in §. 611 flg. des Sächsischen Entwurfes, wenn schon in unnöthig weitläufiger Weise, geschehen war. Solche Vorschriften waren um so unentbehrlicher, als die Verpflichtung zu Gestattung des Augenscheines der gesetzlichen Regelung in gleichem Maße bedurfte, wie die in §§. 550. und 565. des Entwurfes näher begrenzte Verpflichtung zur Edition einer in den Händen des Gegners oder eines Dritten befindlichen Urkunde, da mit einer blos analogen Anwendung der die Editionspflicht betreffenden Bestimmungen, auch wenn man diese im Auge gehabt hätte, schwerlich auszukommen gewesen sein dürfte. Denn die die actio ad exhibendum betreffenden Vorschriften des materiellen Rechts genügen offenbar nicht. Wenigstens die schon bisher ziemlich zweifelhafte Frage, ob der Gegner oder der Dritte zur Gestattung des Augenscheins im Processe genöthigt werden könne, und welches Verfahren zu diesem Zwecke gegen ihn einzuschlagen sei, mußte nothwendig in der Proceßordnung geregelt werden, wobei dahingestellt bleiben mag, ob es angemessen gewesen sein würde, den Antrag auf Herbeischaffung des in den Händen eines Dritten befindlichen Gegenstandes, wie dies in §. 567. beim Editionsantrage geschehen, lediglich als Antrag auf Sistirung des Hauptprocesses bis zur Erledigung des die Verpflichtung zur Vorlegung betreffenden besonderen Processes zu behandeln. Allein gleichviel, ob man diesen Weg einschlagen, oder auch den Dritten im Processe selbst zu Gestattung des Augenscheins nöthigen wollte, immer mußten, bei der Wichtigkeit der Frage, hierüber ausdrückliche jeden Zweifel beseitigende Bestimmungen getroffen werden.

§. 18.

Fortsetzung. Zeugen.

Die den Zeugenbeweis betreffenden Bestimmungen in §§. 472 bis 510. des Entwurfes halte ich für angemessen und soweit sie vom bisherigen Rechte abweichen, dem Principe der freien Beweiswürdigung für entsprechend[51]). Namentlich gilt dies von dem die

51) Die auf französischen Anschauungen beruhenden Bedenken Hagen's a. a. O. S. 26. gegen die unbeschränkte Zulassung des Zeugenbeweises halte ich für durchaus unbegründet.

Nöthigung des Zeugen zur Zeugnißablegung (§§. 475 bis 481.) und die Verweigerung des Zeugnisses betreffenden Verfahren (§§. 486 bis 493.) und von den die Vernehmung der Zeugen betreffenden in §§. 474. 499 bis 510. enthaltenen Bestimmungen[52]). Ebenso entspricht es dem Principe der freien Beweiswürdigung, wenn die Commission nicht nur rücksichtlich der Fähigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen mit einigen in §. 473. enthaltenen eigentlich selbstverständlichen Ausnahmen von allen bindenden Beweisnormen abgesehen, sondern auch dem Gerichte das Recht eingeräumt hat, Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben, obwohl sie zur Leistung des Zeugeneides nicht fähig sind, als Zeugen abzuhören (§. 496.), und die in §. 497. aufgeführten Personen unbeeidigt zu vernehmen, bez. nachträglich zu vereiden, sowie die beantragte Vernehmung unbeeidigt zu vernehmender Personen zu verweigern (§. 498.). Auch die aus §. 495. sich ergebende auf dem Beschlusse S. 738. der Protocolle beruhende Nothwendigkeit, öffentliche Zeugen jedesmal besonders zu vereiden, halte ich für vollkommen gerechtfertigt.

Das wesentlichste Bedenken, welches ich gegen diese Bestimmungen erheben zu müssen glaube, beruht auf der aus §. 495. sich ergebenden Beibehaltung des gemeinrechtlichen promissorischen Zeugeneides.

Die Commission selbst hatte S. 737. der Protocolle anfangs in ihrer Mehrheit die Vereidung der Zeugen nach ihrer Vernehmung beschlossen, nachdem hierfür geltend gemacht worden war, daß es wirksamer sei, den Zeugen zur Aussage der Wahrheit zu vermögen, wenn ihm vor der Eidesleistung der Inhalt seiner zu bekräftigenden Aussage nochmals vorgehalten worden sei, und daß der Richter durch Einführung eines assertorischen Zeugeneides in den Stand gesetzt werde, von der Beeidigung eines Zeugen, welcher nach seiner Ueberzeugung völlig unglaubwürdig sei, als einer unnützen, gänzlich abzusehen und dadurch die Zahl der Eide

52) Hinsichtlich der Gestattung der Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter ist der Entwurf freilich zu weit gegangen. Vergl. oben §. 16.

zu vermindern, obschon von anderer Seite unter Hinweisung darauf, daß dem Zeugen durch die vorausgegangene Vereidung bei jedem Punkte der späteren Aussage seine eidliche Verpflichtung in das Bewußtsein geführt werde, und daß dadurch nachträgliche Abänderungen der Aussage mehr oder weniger vermieden würden, dem Gerichte das Recht bestritten wurde, den Parteien durch Abschneidung des Zeugeneides ein Beweismittel zu entziehen.

Erst S. 741. der Protocolle nach nochmaliger Anregung der Frage, ob das Gericht die Vereidung des Zeugen aus dem Grunde unterlassen könne, weil derselbe keinen Glauben verdiene, wurde dieser Beschluß zurückgenommen und dem wiederholt hervorgehobenen Vortheile der nachträglichen Zeugenvereidung gegenüber, daß eine solche Ermächtigung des Gerichts die Verhütung offenbarer Meineide oder doch nutzloser Eide ermögliche, darauf Bezug genommen, daß das Erforderniß der Vereidung der Zeugen eine im Interesse der Parteien nicht aufzugebende äußere Schranke der freien Beweiswürdigung sei, und daß es dem Gerichte nach jeder einzelnen Zeugenvernehmung zu einer Zeit, wo sich die Glaubwürdigkeit des Zeugen oft noch gar nicht übersehen lasse, nicht freistehen dürfe, dem Zeugen durch Versagung der Vereidung willkürlich den Beweiswerth zu entziehen.

Ich meinerseits halte dieses Zurückgehen auf den gemeinrechtlichen promissorischen Zeugeneid, welchen mehrere neuere Gesetzgebungen und unter ihnen namentlich die Preußische in der Verordnung vom 28. Juni 1844 und die Sächsische in der Civilproceßnovelle vom 30. December 1861 bereits vor längerer Zeit aufgegeben haben, für in keiner Weise gerechtfertigt und überdies mit dem Principe der freien Beweiswürdigung für ganz unvereinbar.

Zunächst möchte ich bestreiten, daß das Gericht, wenn es von dem ihm nach dem anfänglichen Beschlusse der Commission eingeräumten Rechte, die Vereidung des Zeugen zu unterlassen, Gebrauch macht, dem Zeugen da, wo das Princip der freien Beweiswürdigung zur Geltung gelangt ist, die Beweiskraft entzieht. Denn eine Nöthigung des Gerichts, dem Zeugen blos deshalb Glauben zu schenken, weil er eidlich vernommen worden ist, erscheint mit diesem Princip ebensowenig vereinbar, als eine Ausschließung der sich aus seinen Aussagen ergebenden Ueberzeugungsgründe lediglich aus dem Grunde, weil er nicht vereidet worden

ist. Weil aber die Aussagen eines nicht vereideten Zeugen, wenigstens in der Regel, keinen oder doch nur einen schwachen Ueberzeugungsgrund liefern werden, wird das Gericht von dem ihm eingeräumten Befugnisse, von Auferlegung des assertorischen Zeugeneides abzusehen, selbstverständlich nur dann Gebrauch zu machen haben, wenn die Aussagen des Zeugen auch im Falle ihrer nachträglichen eidlichen Bestärkung keinen Einfluß auf seine Ueberzeugung ausüben würden, und läßt sich daher nicht sagen, daß der Partei in solchem Falle, wenn das Gericht von der Vereidung ihres Zeugen absieht, die Beweiskraft dieses nach Ansicht des Gerichts ohnehin unglaubwürdigen Zeugen willkürlich entzogen wird. Vielmehr folgt aus dem Principe der freien Beweiswürdigung ohne Weiteres, daß die Parteien nur das Recht haben, die Abhörung ihrer Zeugen, nicht deren Vereidung zu verlangen, während das Gericht die Pflicht hat, die Zeugen abzuhören und die Vereidung derselben in allen denjenigen Fällen vorzunehmen, wo es dieser Vereidung zu Herstellung oder doch Verstärkung der Ueberzeugung von der Wahrheit der Angaben des Zeugen bedarf, ebenso aber auch das Recht und die Pflicht hat, die Vereidung dann zu unterlassen, wenn dieselbe im concreten Falle als nutzlos sich darstellt. Hiernach empfiehlt sich die Vereidung der Zeugen nach ihrer Abhörung von selbst, da sich der Werth der Zeugenaussagen und deren Glaubwürdigkeit überhaupt erst nach der Abhörung übersehen läßt.

Die Nothwendigkeit der nachträglichen Vereidung der Zeugen hat die Commission für gewisse einzelne Fälle in §. 497. Abs. 2. selbst anerkannt, indem sie dabei von der richtigen Erwägung ausgegangen ist, daß sich in diesen Fällen erst nach der Abhörung übersehen lasse, ob die Aussage des Zeugen auf die Entscheidung der Beweisfrage Einfluß auszuüben vermöge. Allein eben diese Erwägung mußte nothwendig dazu führen, die nachträgliche Beeidigung der Zeugen zur allgemeinen Regel zu machen, da die völlige Unglaubhaftigkeit der Aussage nicht blos in den §. 487. Ziff. 1. und 2. hervorgehobenen zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigenden Verhältnissen ihren Grund haben, sondern auch aus dem Inhalte der Aussage selbst, namentlich aus offenbaren Widersprüchen mit seinen eigenen Angaben oder mit anderen unzweifelhaften Thatsachen, in welche sich der Zeuge verwickelt hat, oder aus anderen erst im Laufe der Vernehmung an das Licht getre-

tenen Umständen, z. B. daraus sich ergeben kann, daß sich trotz der anfänglichen Verneinung eines Interesses des Zeugen am Rechtsstreite (§§. 494. und 500.) ein solches nachträglich herausgestellt hat.

Diesen sehr erheblichen Vortheilen gegenüber, welche der assertorische Zeugeneid gewährt, erscheinen die Gründe, welche für eine der freien Beweiswürdigung in diesem Falle zu setzende äußere Schranke angeführt worden sind, wenig stichhaltig. Zwar mag zugegeben werden, daß sich der Werth der Zeugenaussagen und die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht immer sofort nach der Vernehmung jedes einzelnen Zeugen übersehen lassen, daß dies vielmehr in manchen und namentlich in sehr verwickelten Fällen erst dann möglich sein wird, wenn die Beweisaufnahme nach allen Richtungen hin beendet ist. Allein in solchen immerhin seltneren Fällen wird nicht nur der höheren, sondern schon der ersten Instanz die Füglichkeit gegeben sein, die nachträgliche Vereidung des anfangs unvereidet gebliebenen Zeugen, ja nach Maßgabe des §. 506. des Entwurfes sogar seine nochmalige Vernehmung anzuordnen, ohne daß daraus für die Zweckmäßigkeit eines promissorischen Eides ein irgendwie haltbarer Grund sich entnehmen ließe.

Ebensowenig möchte ich auf den im Protocolle hervorgehobenen Umstand, daß der Zeuge, wenn er vor der Abhörung vereidet worden ist, durch das Bewußtsein seiner Eidespflicht zu gewissenhafterer Aussage veranlaßt und von nachträglichen Abänderungen seiner Aussage abgehalten werde, irgend welchen Werth legen, da der Zeuge auch dann, wenn sein Eid ein assertorischer ist, gleich anfangs auf die Möglichkeit, daß er zur eidlichen Bestärkung seiner Angaben angehalten werden würde, aufmerksam zu machen und hierin unzweifelhaft eine gleich wirksame Aufforderung zur gewissenhaften Aussage zu finden sein wird.

Im Gegentheil wird sich die Behauptung, daß die Aussage des Zeugen in dem Falle, wenn derselbe den Zeugeneid erst nach seiner Vernehmung zu leisten hat, in der Regel zuverlässiger sein werde, als im Falle der vorausgegangenen eidlichen Verpflichtung, auf Grund der mit dem assertorischen Zeugeneide in denjenigen Ländern, wo dieser Eid Eingang gefunden hat, gemachten Erfahrungen und aus dem psychologischen Grunde rechtfertigen lassen, weil der vor der Vernehmung vereidete Zeuge leicht von der Scheu beherrscht wird, eine irrthümlich falsch gethane, oder auch nur

falsch protocollirte Aussage beim Vorlesen des Protocolls nachträglich zu berichtigen oder davon bei der Gegenüberstellung abzugehen, um sich nicht dem Vorwurfe der Verletzung seines promissorischen Eides auszusetzen, während zu einer solchen Scheu dann keine Veranlassung gegeben ist, wenn der Zeuge die Wahrheit seiner Angaben, wie er solche bei seiner Vernehmung gethan und nach Befinden in einzelnen Punkten abgeändert und berichtigt hat, erst nachträglich eidlich versichern muß, unter solchen Umständen aber daraus, daß da, wo der Zeugeneid ein promissorischer ist, spätere Abänderungen der Aussage seltener vorkommen, kein Motiv für die Beibehaltung dieses promissorischen Eides, sondern vielmehr im Interesse der Ermittelung der Wahrheit ein sehr erhebliches Motiv für die Einführung des assertorischen Zeugeneides zu entnehmen sein wird[53]).

§. 19.

Fortsetzung. Sachverständige.

In den den Sachverständigenbeweis betreffenden §§. 299. und 511 bis 534. in Verbindung mit §§. 470. und 471. ist die Commission den Anschauungen gefolgt, welche sich nach Vorgang des Französischen Rechts in neuerer Zeit ziemlich allgemeine Geltung verschafft haben. Auf das Princip der freien Beweiswürdigung kann man sich freilich zu Rechtfertigung dieser Anschauungen nur in sehr beschränkter Weise beziehen. Vielmehr laufen dieselben auf eine, wie mir scheint, höchst gefährliche Verdrängung des Verhandlungsprincips durch das Instructionsprincip hinaus, dessen Unbrauchbarkeit für den Civilproceß allgemein zugegeben wird. Daß die Sachverständigen nicht blos in dem Falle, wenn sie zu Ermittelung einer vorübergegangenen und mittelst besonderer Fachkenntnisse wahrnehmbar gewesenen Thatsache dienen sollen, in welchem Falle sie als sogenannte sachverständige Zeugen in allen Gesetzgebungen und so auch in §. 534. des Entwurfes den Zeugen völlig gleichgestellt, also als Beweismittel behandelt werden, sondern auch dann wirkliche Beweismittel sind, wenn sie die gegenwärtige Existenz einer nur mittelst besonderer Fachkenntnisse wahrnehmbaren Thatsache bezeugen sollen, mithin ihre Benutzung da, wo das Verhandlungsprincip in Geltung ist, von den Parteien

53) Gab a. a. O. S. 45 fg.

beantragt werden muß, läßt sich an sich nicht bestreiten, da der Umstand allein, daß die eine Thatsache gegenwärtig noch existent ist, die andere nicht, füglich keinen Grund abgeben kann, das Mittel, welches zur Erhebung der Thatsache in dem einen wie in dem anderen Falle gebraucht wird, als ein seiner Natur nach verschiedenes anzusehen. Als Gehülfen des Richters, als Ergänzungsmittel seines Urtheilsvermögens sind dieselben nur dann aufzufassen, wenn sie zu dem Zwecke gebraucht werden, um nichtstreitige oder doch bereits festgestellte Thatsachen, welche sich ohne besondere Fachkenntnisse nicht beurtheilen lassen, vermöge ihrer Fachkenntnisse zu beurtheilen, also den Einfluß dieser Thatsachen auf das streitige Rechtsverhältniß statt des hierzu im concreten Falle nicht fähigen Richters zu bestimmen. Muß es dem Richter selbstverständlich freistehen, solche nur urtheilende Sachverständige von Amtswegen zuzuziehen, ja muß man ihm hierzu, sobald es sich um Thatsachen der gedachten Art handelt, die Verpflichtung auferlegen, so liegt anderseits nicht die entfernteste Veranlassung vor, diese Ermächtigung auch auf solche Fälle auszudehnen, wo es sich um die Ermittelung streitiger Thatsachen, also um die nach allen Proceßgesetzgebungen unter der Herrschaft des Verhandlungsprincips stehende, der Parteithätigkeit überlassene Beweisführung handelt. Die bisweilen aufgestellte Behauptung, daß die Sachverständigen in allen Fällen nur Gehülfen des Richters seien, und daß es sich in allen Fällen um Begutachtung handle, ist eine völlig unwissenschaftliche und läßt sich nur etwa daraus erklären, daß allerdings in vielen Fällen die Thätigkeit der zunächst zum Zwecke der Ermittelung streitiger Thatsachen zugezogenen Sachverständigen nicht darauf allein beschränkt ist, sondern auch zugleich den Zweck hat, die mittelst ihrer Fachkenntnisse wahrgenommene Thatsache mittelst der nämlichen Fachkenntnisse zu beurtheilen, was natürlich zur gleichmäßigen Behandlung derselben bei diesen völlig verschiedenen Aeußerungen ihrer Thätigkeit keinen Grund abgeben kann. Am allerwenigsten wird man eine Berechtigung hierzu aus dem Principe der freien Beweiswürdigung ableiten können, da zwar, wie häufig zur Rechtfertigung der gegentheiligen Ansicht angeführt worden ist, allerdings auch die wahrnehmenden Sachverständigen meist nur auf dem Wege der Reflexion zur Wahrnehmung gelangen, allein diese Reflexion von der des Richters bei der Beweiswürdigung insofern wesentlich verschieden ist, als die

letztere selbstverständlich in der Fähigkeit des Richters dazu ihre Grenzen hat, und wenn auch der Richter nach diesem Principe das Recht zu der an gesetzliche Regeln nicht gebundenen Reflexion hat, ob die Existenz der Thatsache anzunehmen sei oder nicht, dieses Recht doch nicht auf solche Fälle ausgedehnt werden kann, wo dem Richter dazu die Fähigkeit fehlt. Ich habe bereits in meiner im Eingange citirten Kritik des Sächsischen und Hannöverschen Entwurfes S. 59 flg. darauf hingewiesen, daß die besonderen Fachkenntnisse, welche zur Wahrnehmung oder Beurtheilung von Thatsachen dann erfordert werden, wenn zur Zuziehung von Sachverständigen überhaupt Veranlassung gegeben ist, dem Richter als solchem niemals inwohnen, daß er dieselben zwar zufällig besitzen kann, aber dann nur als Privatmann, nicht in seiner Eigenschaft als Richter besitzt, und daß man ein Urtheil darüber, ob er zur Wahrnehmung oder Beurtheilung befähigt sei, ohne erhebliche Gefährdung der Parteirechte am allerwenigsten ihm selbst überlassen, ihn mithin nicht für befugt erachten kann, von der Zuziehung von Sachverständigen willkürlich abzusehen, beziehentlich die beantragte Zuziehung aus dem Grunde abzulehnen, weil er sich diese Fachkenntnisse in vielleicht unbewußter Selbstüberschätzung beimißt, daß ihm aber auch ebensowenig das Recht eingeräumt werden kann, die Aussagen der zugezogenen Sachverständigen blos aus dem Grunde unbeachtet zu lassen, weil ihm dieselben aus Unkenntniß, oder, was beinahe noch gefährlicher ist, aus mangelhafter dilettantischer Kenntniß unrichtig zu sein scheinen. Nur in solchen Fällen wird dem Richter nach dem Principe der freien Beweiswürdigung das Recht zustehen müssen, von dem Gutachten der Sachverständigen abzusehen und andere herbeizuziehen, beziehentlich die Parteien zur Ernennung anderer zu veranlassen, wenn dasselbe an Mängeln leidet, welche sich ohne besondere Fachkenntnisse wahrnehmen lassen, also die Brauchbarkeit des Gutachtens für die zu fällende Entscheidung aus dem Grunde verneint werden muß, weil es entweder nicht erschöpfend, oder auf falsche factische Voraussetzungen gestützt ist, oder in sich Widersprüche enthält, oder doch der erforderlichen Begründung entbehrt.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, und wissenschaftlich wird man davon ausgehen müssen, ohne dabei mit dem practischen Bedürfnisse irgendwie in Conflict zu gerathen, so erscheint es gewiß gerechtfertigt, wenn die Hannöversche Proceßordnung in §. 279.

die amtliche Anordnung einer Wiederholung der Begutachtung nur dann gestattet, wenn das Gutachten dunkel oder unverständlich ist, oder nicht alle Punkte umfaßt, andere neuere Proceßgesetze aber, wie namentlich die Badensche Proceßordnung in §. 493. und der Preußische Entwurf in §. 507., an dem Verhandlungsprincipe wenigstens insofern festhalten, als sie in solchen Fällen, wo es sich um Ermittelung von Thatsachen, nicht um bloße Beurtheilung unbestrittener oder festgestellter Thatsachen handelt, einen Parteiantrag auf Abhörung von Sachverständigen voraussetzen, und wenn die Badensche Proceßordnung in §. 490., die Bayerische Proceßordnung in Art. 434., der Hannöversche Entwurf in §. 353., der Preußische Entwurf in §. 501. und der Sächsische Entwurf in §. 658. die Ernennung der Sachverständigen zunächst der Vereinigung oder doch dem Vorschlage der Parteien überlassen und beziehentlich dem Gerichte das Recht zur Ernennung erst dann einräumen, wenn eine Vereinigung zwischen den Parteien nicht zu Stande gekommen ist, wobei nur im Vorübergehen bemerkt werden mag, daß die bisher vielfach üblich gewesene und in der Hannöverschen Proceßordnung §. 275. noch beibehaltene Ernennungsweise, wornach jede Partei einen Sachverständigen und das Gericht einen Obmann zu ernennen hatte, sich schon wegen ihrer Umständlichkeit und Kostspieligkeit, und überdies aus dem Grunde wenig empfahl, weil die beiden von den Parteien ernannten Sachverständigen leicht von der irrigen Meinung ausgingen, daß sie das Interesse ihrer Partei zu vertreten berufen seien.

Dagegen gestattet der Entwurf, ohne irgendwie einen Unterschied zwischen den Fällen der Ermittelung streitiger und der Beurtheilung nichtstreitiger oder bereits festgestellter Thatsachen zu machen, in §§. 299. und 533. die amtliche Befragung von Sachverständigen, indem er in §. 514. die Ernennung derselben lediglich dem Gerichte überläßt und diesem letzteren nur anheim giebt, die Parteien zur Bezeichnung von Personen aufzufordern, welche zur Vernehmung als Sachverständige geeignet sind, ja nicht einmal dem auf bestimmte Persönlichkeiten gerichteten übereinstimmenden Vorschlage der Parteien für den Richter bindende Kraft zugesteht. Zugleich räumt er dem Richter nach Vorgang des Preußischen Entwurfes in §. 532. das hiernach ohnehin selbstverständliche Recht, die Vernehmung der Sachverständigen auch dann anzu-

ordnen, wenn der Beweisführer auf diese Vernehmung ausdrücklich verzichtet hat, und in §. 513. die Befugniß ein, die beantragte Aufnahme des Beweises durch Sachverständige abzulehnen, wenn er sich selbst die erforderliche Fachkenntniß beimißt.

In den gedachten Beziehungen geht also der Entwurf, indem er die Grenzen zwischen den wahrnehmenden und urtheilenden Sachverständigen gänzlich verwischt, sogar über die den richterlichen Befugnissen in den meisten anderen neueren Gesetzgebungen gezogenen Grenzen hinaus, während die in §§. 530. u. 531. enthaltene Bestimmung desselben, daß dem Richter das Recht zustehe, in dem Falle, wenn er das Gutachten der Sachverständigen ungenügend findet, eine neue Begutachtung durch dieselben, oder durch andere Sachverständige von Amtswegen anzuordnen und selbst von dem einstimmigen Gutachten aller Sachverständigen abzugehen, sich zwar im Hannöverschen Entwurfe §§. 366. u. 367., im Preußischen Entwurfe §§. 507. und 508. und im Sächsischen Entwurfe §. 415. gleichmäßig findet, allein, wie schon Plathner S. 83. hervorhebt, auf einer gänzlichen Verkennung der dem Gerichte der Natur der Sache nach im Civilproceſſe zukommenden Stellung und auf einer Verwechslung der Beweisthätigkeit der Parteien mit der Beweiswürdigung des Gerichts beruht und mit einer gesunden Rechtspflege in keiner Weise vereinbar ist. Nach meinem Dafürhalten ist von diesen Bestimmungen eben nichts weiter brauchbar, als daß die Sachverständigen auch dann, wenn es sich nicht um Beurtheilung feststehender, sondern um Ermittelung streitiger Thatsachen handelt, falls über ihre Ernennung zwischen den Parteien keine Einigung zu Stande kommt, vom Gericht zu ernennen sind.

§. 20.

Fortsetzung. Urkunden.

Eine der besten Partieen im Entwurfe ist nach meiner Ansicht die Regulirung des Urkundenbeweises. Namentlich empfiehlt sich die scharfe Trennung der in §§. 535 bis 537. erwähnten dispositiven, also eine Willenserklärung über Rechtsgeschäfte enthaltenden, von den in §§. 538 bis 542. erwähnten, nur das Geständniß einer Thatsache enthaltenden öffentlichen und Privaturkunden, sammt den die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung betreffenden Bestimmungen, ingleichen die daneben in §§. 543. und

544. besonders erfolgte Heraushebung der, eine amtliche Verfügung oder Entscheidung und anderer, ein Zeugniß enthaltender öffentlicher Urkunden, während die Beweiskraft der Sitzungsprotocolle und anderer Verhandlungsprotocolle bereits in §. 341 flg. zweckmäßig geregelt worden ist, sowie die bei jeder dieser Kategorien erfolgte genaue Begrenzung des Gegenbeweises. Ebenso erscheint es vollkommen gerechtfertigt, wenn nicht nur die Frage, inwieweit das in einer öffentlichen oder Privaturkunde enthaltene Anerkenntniß einer Schuld selbständig verpflichtende Kraft habe, weil sie dem materiellen Rechte angehört, nach S. 928. der Protocolle absichtlich unberührt geblieben ist, sondern auch die die Anfechtung der Rechtsgeschäfte und ihre Wirkung auf die Rechte Dritter betreffenden Fragen in §. 542. aus dem nämlichen Grunde ausdrücklich ausgeschlossen worden sind, während die weiteren Fragen, inwiefern äußere Mängel einer Urkunde die Beweiskraft derselben ganz oder theilweise aufheben oder mindern, und welches Gewicht den nach §§. 535. 537. 538. 543. und 544. keinen vollen Beweis begründenden Urkunden beizulegen sei, in §. 547., sowie die Frage, inwiefern die Beweiskraft einer Urkunde von der Seiten des Ausstellers erfolgten Aushändigung abhänge und welcher Partei in Ansehung der Aushändigung der Beweis obliege, in §. 545. dem Principe der freien Beweiswürdigung gemäß je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles vom Gericht nach freier Ueberzeugung entschieden werden sollen.

Auf das nämliche Princip ist es zurückzuführen, wenn zwar in §. 546. die Beweiskraft der beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde allgemein und also auch für den Fall ausgesprochen wird, wenn die Beglaubigung von einer anderen als derjenigen Behörde oder öffentlichen Person ausging, von welcher das Original herrührt, zugleich aber bei der naheliegenden Möglichkeit einer Täuschung des beglaubigenden Beamten in §. 571. dem Gerichte das Recht eingeräumt wird, die Vorlegung des Originals anzuordnen, oder doch die Glaubhaftmachung der die Vorlegung hindernden Thatsachen zu fordern, im Falle der Nichtbefolgung dieser Anordnung aber dem Gerichte rücksichtlich der Beweiskraft der beglaubigten Abschrift völlig freies Ermessen eingeräumt ist.

Ebensowenig wird sich im Allgemeinen gegen die die Edition von Urkunden betreffenden Bestimmungen in §§. 549 bis 575. des Entwurfes etwas Erhebliches einwenden lassen. Nur zwei

Punkte sind es, welche hier Anstoß erregen könnten: einmal die in §. 565. erfolgte Beschränkung der Editionspflicht dritter Personen auf solche Urkunden, deren Vorlegung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auch außerhalb des Processes verlangt werden kann und auf, ihrem Inhalte nach, für den Beweisführer und den Dritten gemeinschaftliche Urkunden, also auf diejenigen Fälle, in denen auch der Gegner nach §. 550. zur Edition verpflichtet ist, und dann die in §. 563. verfügte Aussetzung des weiteren Verfahrens in dem Falle, wenn die Edition von einem Dritten gefordert worden ist, zu dem Zwecke, um dem Beweisführer zu Anstellung besonderer Klage gegen den Dritten Zeit zu geben.

Was zunächst die Editionspflicht des Dritten anlangt, so hat die gemeinrechtliche Praxis dieselbe bisher in Anlehnung an die nicht-glossirte L. 22. Cod. de fide instrumentorum IV, 21. als eine der Verpflichtung zur Zeugnißablegung analoge allgemeine betrachtet und davon nur die in der gedachten Gesetzstelle bestimmten Ausnahmen gelten lassen. In gleicher Weise war die Editionspflicht Dritter in §. 319. der Hannöverschen Proceßordnung und in §. 437. des Sächsischen Entwurfes als eine allgemeine, lediglich von der Erheblichkeit des Inhalts der Urkunde abhängige, der Verpflichtung zur Zeugnißablegung analoge behandelt worden. Indeß darf nicht verkannt werden, daß zu einer solchen Ausdehnung der Editionspflicht an und für sich kein genügender Grund vorhanden ist. Denn abgesehen von solchen Fällen, in denen schon das bürgerliche Recht eine Klage auf Herausgabe, beziehentlich Vorlegung der Urkunde gewährt, und in welchen das rechtliche Interesse des Beweisführers an der Vorlegung der Urkunde darauf beruht, daß dieselbe für ihn und den Dritten ihrem Inhalte nach eine gemeinschaftliche ist, wird man eine Verpflichtung des dritten, beim Processe nicht concurrirenden Inhabers der Urkunde blos aus dem Grunde, weil dieselbe in diesem Processe als Beweismittel gebraucht werden soll, an sich schwerlich statuiren und am allerwenigsten mit denjenigen Gründen rechtfertigen können, welche die Annahme einer allgemeinen Verpflichtung zur Zeugnißablegung nöthig machen, da es sich im ersteren Falle um einen, nur aus besonderen Gründen und durch ein besonderes Interesse an der Benutzung der Urkunde gerechtfertigten Eingriff in die Privatrechtsverhältnisse, im letzteren aber

lediglich um eine, nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts einem Jeden obliegende rein persönliche Verpflichtung handelt. Auch stimmt der Entwurf in dieser Hinsicht mit §. 384. des Hannöverschen Entwurfes, mit §. 440. des Preußischen Entwurfes und mit Art. 386. der Bayerischen Proceßordnung in der Hauptsache überein, wie denn auch die Badensche Proceßordnung in §. 401., ohne die Grenzen der Editionspflicht näher zu bestimmen, die Benutzung der in dem Besitze eines Dritten befindlichen Urkunde von der Möglichkeit der Klaganstellung gegen denselben abhängig macht.

Nicht minder zweckmäßig finde ich aber auch die in §§. 563 bis 567. des Entwurfes enthaltene Bestimmung, daß der Proceß, wenn der Beweisführer die Urkunde und die durch dieselbe zu beweisenden Thatsachen, sowie ihren Inhalt möglichst vollständig bezeichnet und den Besitz des Dritten, sowie dessen Verpflichtung zur Edition glaubhaft gemacht hat, auf Antrag des Beweisführers auszusetzen und diesem Letzteren eine Frist zu bestimmen sei, innerhalb deren er die Urkunde im Wege einer, bei dem competenten Gerichte anzustellenden Klage herbeizuschaffen und in einem von ihm zu erwirkenden Termine vorzulegen habe. Denn den hiergegen etwa zu erhebenden Bedenken, daß durch diese Ausscheidung des gegen den Dritten einzuleitenden Editionsverfahrens aus dem Processe und durch die erfolgte einstweilige Aussetzung des Verfahrens eine übermäßige Verzögerung herbeigeführt werden könnte, ist zweckmäßig durch die weitere Bestimmung begegnet worden, daß der diese Aussetzung anordnende Beschluß auf Antrag der Gegenpartei aufgehoben werden könne, wenn der Beweisführer die Anstellung der Klage gegen den Dritten, die Betreibung des Processes oder die Zwangsvollstreckung verzögert. Hierzu kommt, daß man dem Dritten, wenn man die Verhandlung über die Editionsfrage im Hauptprocesse selbst stattfinden läßt, da hierbei privatrechtliche Interessen in's Spiel kommen können, blos deshalb, weil es sich hierbei für die Parteien selbst nur um eine Incidentverhandlung handelt, sein Vertheidigungsrecht füglich nicht verkümmern kann, mithin eine solche Incidentverhandlung unter völlig gleichen Verhältnissen kaum einen geringeren Zeitraum in Anspruch nehmen würde, als der gegen ihn nach dem Entwurfe einzuleitende besondere Proceß. Namentlich aber kommt in Betracht, daß ein genügender Grund, den Dritten, zumal in solchen

Fällen, wo er seinen Gerichtsstand vor einem anderen als dem Proceßgerichte hat, zum Erscheinen vor diesem Gerichte und zur Gestattung einer bloßen Incidentverhandlung über eine den Gegenstand einer besonderen Klage bildende Verpflichtung zu nöthigen, sich nicht auffinden läßt. Auch ist die von der Commission vorgeschlagene Bestimmung nicht neu, sondern der Badenschen Proceßordnung §. 401 flg. und der Bayerischen Proceßordnung Art. 388. entlehnt, während die Hannöversche Proceßordnung in §. 319 flg., der Hannöversche Entwurf in §. 385 flg., der Preußische Entwurf in §. 443 flg. und der Sächsische Entwurf in §. 680 flg. an der bisherigen Procedur festgehalten und die dem Dritten gegenüber stattfindende, dessen Editionspflicht betreffende Verhandlung in den Hauptproceß hereingezogen hatten.

Dabei ist es gewiß gerechtfertigt, wenn der Entwurf in §§. 568. und 569. das Proceßgericht anweist, das gegen eine öffentliche Behörde oder einen öffentlichen Beamten gerichtete Editionsgesuch der Partei, abgesehen von solchen Fällen, wo sie sich die Urkunde nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts beschaffen kann, dadurch zu unterstützen, daß es die Behörde oder den Beamten auf Antrag der Partei um Mittheilung der Urkunde ersucht, während es im Falle der Ablehnung dieses Ersuchens der Partei selbst überlassen bleibt, für Herbeischaffung der Urkunde durch Klaganstellung, Erhebung einer Beschwerde oder sonstige nach den Landesgesetzen oder Bundesgesetzen im Rechtswege oder Verwaltungswege gebotene Mittel Sorge zu tragen.

Die in §. 554. des Entwurfes ausgesprochene Ausschließung der Rückgabe des Editionseides und des Beweises des Nichtbesitzes der Urkunde durch andere Beweismittel stimmt mit den bisherigen Grundsätzen überein und bedarf keiner speciellen Rechtfertigung. Dasselbe gilt von der Formulirung dieses Eides, welche von der bisher gebräuchlichen nicht wesentlich abweicht. Namentlich aber entspricht die weitere Bestimmung des gedachten Paragraphen, daß das Gericht nicht nur der Gegenpartei auf deren Antrag gestatten könne, an Stelle der Worte: „daß sie die Urkunde nicht besitze" zu schwören: „daß sie die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß sie die Urkunde besitze", sondern auch die Ableistung dieses Glaubenseides von der eidlichen Versicherung der Wahrheit der zu Begründung des Antrags geltend gemachten Thatsachen oder bestimmter Nachforschungen abhängig machen könne, demselben unbestreitbar

vorhandenen practiſchen Bedürfniſſe, welches nach dem unten in §. 21. Ausgeführten überhaupt zur Einführung des Glaubenseides Veranlaſſung gegeben hat. Auch die die Vermuthung und Conſtatirung der Echtheit einer Urkunde betreffenden Beſtimmungen in §. 576 flg. des Entwurfes und namentlich die auf die Zuläſſigkeit der beim Echtheitsbeweiſe zu brauchenden Beweismittel bezüglichen Vorſchriften in §. 581. ſtimmen mit den jetzt herrſchenden vollkommen rationellen Anſchauungen im Weſentlichen überein. Nur in Betreff des Gebrauchs der Eideszuſchiebung weicht der Entwurf von allen neueren Geſetzgebungsarbeiten und zwar, wie mir ſcheint, in höchſt bedenklicher Weiſe ab, indem er dieſes Beweismittel nicht nur an ſich beſchränkt, ſondern auch durch Ausſchließung der Zurückſchiebung den Diffeſſionseid, wenn auch unter anderem Namen, wiederherſtellt. Indeß wird darauf des Zuſammenhanges wegen unten in §. 21. zurückzukommen ſein.

§. 21.
Fortſetzung. Eid.

Von den den Eid betreffenden Beſtimmungen des Entwurfes iſt es beſonders das Verbot der Eideszuſchiebung über fremde Handlungen und Wahrnehmungen und die Ausſchließung der eventuellen Cumulation der Eideszuſchiebung mit anderen Beweismitteln, welche zu Bedenken Veranlaſſung geben[54]).

Die Eideszuſchiebung über fremde Handlungen und Wahrnehmungen geſtattet der Entwurf nach §§. 584. und 585. nur ausnahmsweiſe bei dem Beweiſe der Echtheit einer Privaturkunde und zwar auch hier mit der Beſchränkung auf die Seiten des Rechtsvorgängers oder Vertreters des Gegners erfolgte Ausſtellung der Urkunde.

Zu dieſem Beſchluſſe iſt die Commiſſion S. 1013. der Protocolle nach längeren Berathungen gelangt, bei denen man Anfangs nur davon ausgegangen war, daß nicht die gänzliche Beſeitigung, wohl aber die möglichſte Beſchränkung des in den meiſten Ländern an die Stelle des gemeinrechtlichen Ignoranzeides getretenen Glaubenseides wünſchenswerth ſei, ſchließlich aber in Folge mehrerer in dieſem Sinne gefaßter Einzelbeſchlüſſe der gänzlichen Ausſchließung der Eideszuſchiebung über fremde Handlungen und

54) Vergl. Gab a. a. O. S. 41 fg.

Wahrnehmungen den Vorzug geben und solche nur in dem gedachten einen Falle beibehalten zu müssen glaubte.

Nach meinem Dafürhalten ist dieser Beschluß bei dem Gewichte der Gründe, aus denen der Glaubenseid wenigstens in der Praxis mehr oder weniger Eingang gefunden hat, einer der bedenklichsten, welcher von der Commission gefaßt worden ist, und die Beibehaltung dieses Eides, so viel sich gegen denselben an sich einwenden läßt, practisch ganz unentbehrlich und wenn man den Gebrauch desselben angemessen begrenzt, wohl auch wenig bedenklich.

Die Einführung des Schiedseides in seiner Eigenschaft als Beweismittel muß überhaupt auf ein practisches und zwar auf ein unabweisbares practisches Bedürfniß zurückgeführt werden. Denn für vorübergegangene Begebenheiten, deren Beweis weder durch Vornahme eines Augenscheins, noch durch Sachverständige erbracht werden kann, ist es nach den Umständen und nach dem Bedürfnisse des Verkehrs- und Geschäftslebens auch bei größtmöglichster Vorsicht im concreten Falle oft ganz unmöglich, sich diesen Beweis durch Aufnahme von Urkunden oder Zuziehung von Zeugen zu sichern, und wenn dies möglich war und vorsichtiger Weise geschehen ist, immerhin noch die Gefahr vorhanden, daß diese Beweismittel bis zu der Zeit, wo sie im Processe gebraucht werden, nachträglich wieder verloren gehen, oder doch ihre Beweisfähigkeit verlieren.

Solche Fälle sind es, für die sich im Interesse der Findung der Wahrheit das Bedürfniß der Gestattung der Eideszuschiebung von jeher geltend gemacht hat, also der beweispflichtigen Partei das Befugniß eingeräumt worden ist, die Wahrheit ihrer thatsächlichen Behauptung von der eidlichen Ablehnung des Gegners abhängig zu machen, oder mit anderen Worten, sich desselben als Zeugen für diese Behauptung zu bedienen. Da jedoch der Partei, wenn sie sich der Eideszuschiebung bedient, nicht zugemuthet werden kann, zuvor den Mangel anderer Beweismittel in rechtliche Gewißheit zu setzen, auch die Partei, wenn ihr solche zu Gebote stehen, möglicher Weise von der Benutzung derselben aus dem Grunde absieht, weil sie ihrer Beweisfähigkeit mißtraut, und eine der Zulassung der Eideszuschiebung vorausgehende besondere Erörterung dieser Vorfragen jedenfalls unverhältnißmäßige Weiterungen zur Folge haben würde, so hat man mit Recht die Eideszuschiebung

nicht als ein nur subsidiäres Beweismittel zugelassen, sondern, abgesehen von solchen Fällen, wo dieselbe offenbar unnütz sein würde, weil die Erlangung eines anderen Beweismittels jederzeit möglich ist, dem Beweisführer zwischen der Eideszuschiebung und den übrigen Beweismitteln die Wahl gelassen, ja demselben sogar das Recht eingeräumt, sich der Eideszuschiebung neben anderen Beweismitteln eventuell d. i. für den Fall zu bedienen, wenn diese letzteren zur Herstellung der richterlichen Ueberzeugung nicht ausreichen sollten.

Der Gebrauch des Schiedseides würde indeß ein ziemlich beschränkter sein und dem gedachten Zwecke seiner Einführung dann nicht vollständig genügen, wenn derselbe nur über solche Thatsachen zugeschoben werden dürfte, bei denen der Gegner selbst concurrirt hat. Daher ist die Eideszuschiebung auch über fremde Handlungen und Wahrnehmungen, und zwar entweder nur mit der Wirkung, daß der Gegner zu Leistung des Ignoranzeides zugelassen, oder auch, da die eidliche Ablehnung des Wissens in solchen Fällen, wo der Delat bei der Thatsache nicht concurrirte, meist möglich sein wird und daher dem Beweisführer damit wenig geholfen ist, mit der Wirkung gestattet worden, daß dem Gegner die Leistung eines Glaubenseides angesonnen wurde. Freilich steht diesem Glaubenseide das doppelte Bedenken entgegen, daß derselbe einerseits, da es sich, zumal nach der üblichen, nur auf das Wissen und Glauben beschränkten Formulirung desselben, nur um subjective Ansichten handelt, leicht absichtlich oder doch leichtsinnig falsch geschworen werden kann und für den minder Gewissenhaften gewissermaßen eine Verlockung hierzu enthält, anderseits aber auch für den Gewissenhaften eine übermäßige Beschwerung des Gewissens herbeiführt, also von dem Gewissenlosen leichter geschworen werden kann, als von dem Gewissenhaften.

Allein, wie diese nicht blos dem Glaubenseide des Delaten, sondern überhaupt jedem Glaubenseide entgegenstehenden Bedenken in dem Falle, wenn es sich bei unvollständigen Beweisresultaten um Ergänzung der richterlichen Ueberzeugung handelt, auch von der Commission selbst nicht erheblich genug gefunden worden sind, um diesen Eid ganz aufzugeben, so wird man auch nach dem oben Ausgeführten zugeben müssen, daß der Glaubenseid des Delaten nur dann entbehrlich wird, wenn der beweispflichtigen Partei in allen solchen Fällen, wo die für den Gegner fremde streitige

Thatsache weder durch Augenscheineinnahme noch durch Abhörung von Sachverständigen constatirt werden kann, in Ermangelung von Zeugen und Urkunden ein anderes Mittel geboten ist, diese Thatsache in rechtliche Gewißheit zu setzen.

Als ein solches Mittel ist zunächst S. 996. der Protocolle der Antrag auf die zeugeneidliche Vernehmung des Gegners über die ihm fremde streitige Thatsache empfohlen, von der Commission aber abgelehnt worden. Ich halte diesen Beschluß für richtig. Denn ganz abgesehen davon, daß es auch hier eines Eides des Gegners bedarf, welcher überall da, wo derselbe seine Ueberzeugung von der Nichtexistenz der streitigen Thatsache ausspricht, seinem Inhalte nach von dem Glaubenseide wenig verschieden sein wird, daß also dadurch nichts gewonnen werden würde, steht auch der Einführung einer solchen Vernehmung der Gegenpartei, wie der nach englischem und amerikanischem Vorbilde in neuerer Zeit vorgeschlagenen, die gänzliche Beseitigung der Eideszuschiebung bezweckenden zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien überhaupt, das nach meinem Dafürhalten allein schon durchschlagende Bedenken im Wege, daß dadurch das Verhandlungsprincip verdrängt und an dessen Stelle das Untersuchungsprincip in unerträglicher Weise zur Geltung gebracht werden würde, und daß durch den Einfluß, welchen die Persönlichkeit der Parteien bei dieser Vernehmung auf die richterliche Ueberzeugung nothwendig gewinnen muß, das gute Recht leicht sehr gefährdet werden kann. Die in dem gedachten Protocolle zur Rechtfertigung des Vorschlags erfolgte Hinweisung auf das dem Gerichte ohnehin zustehende Fragrecht und auf das Recht, die materielle Wahrheit zu erforschen, beweist schon aus dem Grunde zu viel, weil man auf diesem Wege consequenter Weise zur Beseitigung jeder Beweisthätigkeit der Parteien und zur instructionsmäßigen gerichtlichen Ermittelung aller streitigen Thatsachen gelangen würde.

Ueberhaupt sind die Gründe, welche man zur Empfehlung der gedachten zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien angeführt hat, mehr aus der leider vielfach eingerissenen überaus leichtsinnigen Handhabung der den Schiedseid betreffenden Vorschriften, als aus der Verwerflichkeit dieser Vorschriften an sich entnommen. Die vorsichtige, alle Reflexionen und Mentalreservationen ausschließende Feststellung der Eidesnorm, die ausschließliche Beschränkung derselben auf genügend specialisirte Thatsachen würde

allein schon hinreichen, den Mißständen im Wesentlichen abzuhelfen, deren Vorhandensein in der Praxis vieler deutscher Gerichte sich nicht ableugnen läßt. Es ist hier natürlich nicht der Ort, auf die sonstigen practischen Bedenken näher einzugehen, welche der Einführung der neuerdings von verschiedenen Seiten und namentlich von v. Bar[55]) warm und in geistreicher Weise empfohlenen zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien entgegenstehen. Nur darauf glaube ich in aller Kürze noch aufmerksam machen zu müssen, daß in England sowohl als in Amerika nicht blos über die in Folge dieser eidlichen Zeugenvernehmung der Parteien eingetretene Häufung von Eiden, sondern auch darüber geklagt wird, daß diese Eide oft miteinander collidiren und absichtlich oder doch leichtsinnig falsch geschworen werden, und daß die wenigstens theilweise günstigen Beurtheilungen, welche die Einrichtung von dort aus erfahren hat, weniger in der Vortrefflichkeit derselben an sich, als in Anschauungen ihren Grund haben, welche uns völlig fremd sind und mit einer Procedur im Zusammenhange stehen, deren Einführung in Deutschland noch Niemand befürwortet hat. Kann man sich unter solchen Umständen auf diese Beurtheilungen schon deshalb schwerlich berufen, weil die Verpflanzung dieser, unter ganz anderen Verhältnissen sich vielleicht im Allgemeinen bewährenden Einrichtung auf deutschen Boden und die Einfügung derselben in unser auf wesentlich anderen Grundprincipien beruhendes Civilproceßverfahren dafür, daß sie sich auch in diesem letzteren bewähren werde, nicht die geringsten Garantien darbietet, und den scheinbar damit verbundenen Vortheilen nicht nur sehr erhebliche, aus den deutschen Grundanschauungen entlehnte theoretische, sondern auch unwiderlegliche practische Nachtheile gegenüberstehen, so muß man es gewiß gerechtfertigt finden, daß die Einführung der zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien auf dem achten deutschen Juristentage nach sehr eingehender Berathung S. 316. und 317. abgelehnt worden ist. Nur das ist an den auf dem gedachten Juristentage rücksichtlich des Schiedseides gefaßten Beschlüssen auszusetzen, daß man sich darüber, in welcher Weise der freilich nur am Schlusse der Sitzung mit 15 Stimmen aufgegebene Glaubenseid ersetzt werden solle, überhaupt nicht ausgesprochen

55) Recht und Beweis im Civilprocesse, Leipzig 1867. — Verhandlungen des achten deutschen Juristentags, S. 12 fg.

hat. Daß durch die Mündlichkeit der Verhandlung, durch das richterliche Fragrecht und durch das Princip der freien Beweiswürdigung dafür kein hinreichender Ersatz geboten wird, bedarf keiner ausführlichen Darlegung. Ebensowenig kann man aber in dem von der Bayerischen Proceßordnung Art. 456. eingeschlagenen Wege einen solchen Ersatz finden. Denn wenn dort im Falle der Eideszuschiebung über fremde Thatsachen dem Delaten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige anzugeben, was ihm von den Thatsachen bekannt sei, und falls dies zur Klarstellung der Thatsachen nicht genügt, den Ignoranzeid unter der Versicherung zu leisten, daß er, ungeachtet sorgfältiger Nachforschungen, nichts oder nichts weiter wisse, als was von ihm angegeben sei, so kann dies den Glaubenseid aus dem Grunde nicht ersetzen, weil dadurch die Nichtexistenz der Thatsache weder constatirt noch auch nur wahrscheinlich gemacht wird, und die Thatsache möglicher Weise lediglich aus dem Grunde unbewiesen bleibt, weil der Delat den Ignoranzeid mit gutem Gewissen leisten konnte, obwohl dem Deferenten daraus, daß es ihm an anderen Beweismitteln fehlt, in keiner Weise ein Vorwurf gemacht werden kann.

Auch die S. 997. Ziff. 3. der Protocolle in Vorschlag gebrachte Berechtigung des Delaten, den Eid bei Verhältnissen, welche er nicht aus eigener Wahrnehmung kennt und über welche er sich auch durch Nachforschung Auskunft nicht verschaffen kann, unter der ihm auf Antrag des Beweisführers aufzuerlegenden eidlichen Versicherung abzulehnen, daß er außer Stande gewesen sei, sich genügende Auskunft zu verschaffen, hat wenig für sich, da diese Versicherung im Glaubenseide bei zweckmäßiger Formulirung desselben ebenfalls enthalten ist, ihn aber bei gleicher Beschwerung des Gewissens des Schwörenden nicht ersetzt, also gegen leichtsinnige Ablehnung der auf Eid gestellten Thatsachen geringere Garantieen gewährt.

Unter solchen Umständen wird dem Gesetzgeber, wenn er dem practischen Bedürfnisse nach allen Seiten hin Rechnung tragen will, schwerlich etwas Anderes übrig bleiben, als die Beibehaltung des Glaubenseides, für dessen Unentbehrlichkeit, wie mir scheint, nicht blos seine allmälige Einführung in den meisten und auch in solchen Ländern, in denen die Gesetzgebung an dem gemeinrechtlichen Ignoranzeide festhielt, sondern auch der gewiß nicht zu übersehende Umstand spricht, daß alle neueren deutschen Proceßgesetze

und -Entwürfe, trotz einzelner Beschränkungen, in der Beibehaltung desselben übereinstimmen, ja die Commission selbst von seiner gänzlichen Beseitigung absehen zu müssen geglaubt hat.

Zwar läßt sich nicht in Abrede stellen, daß der Fall, in welchem die Commission die Eideszuschiebung über Thatsachen, bei denen der Gegner nicht concurrirte, in §. 585. des Entwurfes ausnahmsweise gestattet hat, auch von dem von ihr angenommenen Standpunkte aus insofern eine abweichende Behandlung nöthig machte, als es auf das Verkehrs- und Geschäftsleben einen überaus nachtheiligen Einfluß ausüben würde, wenn die Echtheit einer Privaturkunde nur dem Aussteller selbst, nicht auch seinem Rechtsnachfolger oder dem vom Aussteller vertretenen Dritten gegenüber durch Eideszuschiebung bewiesen werden könnte, also die Beweiskraft der Urkunde in Ermangelung anderer Beweismittel lediglich von dem zufälligen Umstande abhängig wäre, daß dieselbe dem Aussteller selbst gegenüber gebraucht würde. Es würde dies bei der Unsicherheit der Beweisführung durch Schriftenvergleichung die mit unseren Verkehrsverhältnissen völlig unverträgliche Nothwendigkeit herbeiführen, bei der Ausstellung der Urkunde zu dem Zwecke, um derselben die Beweiskraft zu sichern, jedesmal Zeugen zuzuziehen, oder die Beglaubigung der Urkunde zu verlangen. Auch muß vorzugsweise darauf die eigenthümliche Erscheinung zurückgeführt werden, daß der bisherige Diffessionseid überall und auch in solchen Ländern, welche dem Eindringen des Glaubenseides am längsten Widerstand entgegengesetzt haben, de credulitate geschworen werden kann.

Allein mit der ausnahmsweisen Gestattung des Glaubenseides zum Zwecke der Constatirung der Unechtheit einer Urkunde war dem oben dargelegten Bedürfnisse in keiner Weise genügt. Vielmehr würde, wenn der Entwurf in seiner gegenwärtigen Fassung Gesetzeskraft erlangen sollte, die beweispflichtige Partei in allen anderen Fällen, wo ihr Gegner bei der zu beweisenden Thatsache nicht concurrirt hat, den Beweis dieser Thatsache nur durch Zeugen oder Urkunden führen können, dieser Beweis also nicht nur dann, wenn sie sich solche Beweismittel im Vertrauen auf die Redlichkeit des Gegners und weil sie an den Fall, daß ein Dritter an seine Stelle treten könnte, nicht gedacht hat, zu verschaffen unterließ, sondern auch dann nothwendig mißlingen, wenn sie nach den obwaltenden Umständen außer Stande war, sich solche

Beweismittel zu verschaffen, oder diese Beweismittel unbrauchbar geworden sind, ihr mithin deshalb kein Verschulden zur Last fällt. In Folge dessen würde die Zahl der Fälle, in denen das gute Recht aus Mangel an Beweismitteln im Processe untergeht, eine weit größere sein, als bisher, zugleich aber dem Verkehre bei der Nothwendigkeit, für alle möglicher Weise in einem späteren Processe in Betracht kommenden Thatsachen den Beweis durch Zeugen oder Urkunden sicher zu stellen, eine unerträgliche Fessel angelegt und ganz unberechenbarer Nachtheil zugefügt werden.

Die Commission hat diesem Uebelstande, dem man sich natürlich nicht verschließen konnte, auf einem anderen, wie mir scheint, höchst bedenklichen Wege, und zwar durch Erweiterung der richterlichen Befugnisse rücksichtlich des richterlichen Eides, abhelfen zu können geglaubt. Es kann nämlich das Gericht nach §. 608. und 610. Ziff. 1., wenn dasselbe das Ergebniß der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht für ausreichend hält, um die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, der einen oder der anderen Partei über die Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen Thatsache einen Eid, und zwar falls die schwörende Partei bei der Thatsache nicht concurrirt hat, als Glaubenseid auferlegen. Hiernach ist nicht nur dem erkennenden Gerichte hinsichtlich der Auferlegung des richterlichen Eides und namentlich hinsichtlich der Frage, welcher Partei derselbe aufzuerlegen und welche Thatsache auf den Eid zu stellen sei, völlig freie Hand gelassen, also das Gericht hierbei von allen, sein Ermessen bisher beschränkenden Regeln befreit, was mit dem Principe der freien Beweiswürdigung vollkommen im Einklange steht, sondern auch die Auferlegung eines richterlichen Eides sogar in dem Falle nicht ausgeschlossen, wenn sich die beweispflichtige Partei für die zu beweisende Thatsache gar keines Beweismittels bedient hatte, oder dies ohne allen Erfolg that, auch sonst für diese Thatsache gar keine Wahrscheinlichkeitsgründe vorhanden sind. Dies ist zwar nicht ausdrücklich und deutlich ausgesprochen, ergiebt sich aber daraus, daß die Auferlegung des richterlichen Eides in allen Fällen gestattet ist, wo es an der Ueberzeugung von der Wahrheit oder von der Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache fehlt. Zwischen diesen beiden Fällen liegt natürlich auch der in der Mitte, wo die streitige thatsächliche Behauptung zwar an sich möglich, und nicht durch einen

Gegenbeweis widerlegt, aber völlig unbewiesen geblieben ist, und so wird denn der Partei, welche für ihre thatsächliche Behauptung in Folge des Wegfalls des Glaubenseides kein Beweismittel hat, auch sonst nicht im Stande gewesen ist, irgend welche Wahrscheinlichkeitsmomente für dieselbe beizubringen, sobald nur nicht die Unwahrheit der Behauptung gewiß geworden ist, vom Gerichte dadurch von Amtswegen geholfen werden können, daß es entweder ihr selbst oder ihrem Gegner einen Eid auferlegt, mittelst dessen die Wahrheit oder die Unwahrheit der Behauptung in rechtliche Gewißheit gesetzt wird. Eine so weit gehende Ermächtigung des erkennenden Gerichts ist offenbar mit dem Verhandlungsprincipe völlig unvereinbar, da sie nicht blos die Beweiswürdigung, sondern auch die Ermittelung einer ganz unbewiesen gebliebenen, nicht einmal wahrscheinlich gewordenen Thatsache in die Hand des Gerichts legt. In der Praxis wird dies dazu führen, daß die beweispflichtige Partei, wenn es sich um eine Thatsache handelt, bei welcher ihr Gegner nicht concurrirt hat, Zeugen und Urkunden aber ihr nicht zu Gebote stehen, auch sonst der Weg der künstlichen Beweisführung verschlossen ist, unter der Erklärung, daß es ihr an Beweismitteln fehle, um Auferlegung eines richterlichen Eides bittet und damit in der Hauptsache dasselbe Resultat erzielt, welches sie mittelst der Eideszuschiebung erzielt haben würde. Zur Beseitigung des Glaubenseides führt diese mit dem Verhandlungsprincipe im Widerspruche stehende Erweiterung der richterlichen Machtvollkommenheit natürlich nicht, da dieser in allen solchen Fällen aufzuerlegen sein wird, wo keine der Parteien bei der betreffenden Thatsache concurrirt hat, oder das Gericht irgendwie Bedenken trägt, den Eid der dabei concurrirenden Partei aufzuerlegen. Demnach wird den Bedenken gegenüber, welche der Zulassung des Glaubenseides entgegenstehen, auf dem von der Commission eingeschlagenen Wege wenig oder nichts gewonnen, und wenn man diesen Eid einmal nicht ganz beseitigen kann, sicher der Gesetzgebung, welche die Veranlassung dazu den Parteien überläßt, vor derjenigen der Vorzug zu geben sein, welche die Auferlegung eines solchen Eides in die Hand des Richters legt, also diesen nicht blos zum Gebrauche eines Ergänzungsmittels der richterlichen Ueberzeugung, sondern eines wirklichen Beweismittels ermächtigt.

Aus dem Gesagten folgt freilich nicht ohne Weiteres, daß

die Zuschiebung des Eides über fremde Thatsachen in ihrer bisherigen Ausdehnung gestattet bleiben müsse. Vielmehr erscheint es gewiß gerechtfertigt, wenn die Beibehaltung des Glaubenseides auf das absolute practische Bedürfniß, und zwar nach Vorgang von §. 510. des Preußischen Entwurfes auf den Fall beschränkt wird, wo die streitige Thatsache in einer Handlung oder Unterlassung eines Dritten besteht, für welche der Gegner haftet oder welche er gegen sich gelten lassen muß, und wenn sie im Falle ihrer Richtigkeit von einem Vertreter des Gegners bei Gelegenheit der Vertretung oder von einer Person wahrgenommen sein müßte, als deren Rechtsnachfolger der Gegner in dem Rechtsstreite auftritt.

Ebenso erscheint es nach den üblen Erfahrungen, welche man mit dem Glaubenseide in andern Ländern und namentlich auch in Sachsen gemacht hat, dringend geboten, der leichtsinnigen Ableistung desselben durch eine zweckmäßigere Formulirung entgegenzutreten. Darauf beruht es, wenn die meisten neueren Proceßgesetze, namentlich die Hannöversche Proceßordnung in §. 288., die Badensche Proceßordnung in §. 529. und die Bayerische Proceßordnung in Art. 456., sowie der Hannöversche Entwurf in §. 414. und der Preußische Entwurf in §. 520. die Formel des Glaubenseides nicht auf die Versicherung des Nichtwissens und Glaubens beschränken, sondern den Schwörenden zu der Versicherung seiner, nach gewissenhafter Prüfung und Erkundigung erlangten Ueberzeugung nöthigen, also den Glaubenseid wenigstens insoweit, als es sich um diese Versicherung der angestellten Nachforschungen handelt, zu einem Wahrheitseide erheben, dadurch aber dem den Eid abnehmenden Richter die Füglichkeit verschaffen, dem Eidespflichtigen vor der Abnahme des Eides in Betreff dieser Nachforschungen geeignete Fragen vorzulegen, und wenn sich seine darauf bezüglichen Angaben als unzureichend herausstellen, die Eidesabnahme zum Zwecke der Nachholung und Vervollständigung der Nachforschungen auszusetzen.

Auch die Commission hat diesem Bedürfnisse einer neuen Formulirung des Glaubenseides in dem Falle, wenn es sich um Ablehnung der Echtheit einer von einem Dritten ausgestellten Privaturkunde handelt, in §. 585. abgeholfen, während die in §. 610. für den richterlichen Eid vorgeschlagene Formel in dem Falle, wenn es sich um Thatsachen handelt, bei denen der Schwörende

nicht concurrirt hat, nur die Versicherung der Ueberzeugung enthält, ohne daß sich für diese verschiedene Formulirung ein genügender Grund ersehen ließe. Nach meinem Dafürhalten würde es sich empfehlen, die Formel in beiden Fällen gleichmäßig und zwar dahin zu fassen:

„daß der Schwurpflichtige nach gewissenhafter Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung von der Thatsache (nicht) erlangt habe",

eine Fassung, welche auch für den Gewissenhaften zu keinem begründeten Bedenken Veranlassung geben kann, und im Falle der Ablehnung der zu beweisenden Thatsache vor der weit bedenklicheren Formel, daß er nach gewissenhafter Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung von der Nichtexistenz der Thatsache erlangt habe, sicher den Vorzug verdient. Wird hierbei dem Gerichte nicht nur zur Befragung des Schwurpflichtigen über die von ihm angestellten Nachforschungen, und bez. wenn diese ungenügend befunden werden sollten, zur Aussetzung des Schwörungstermins, sondern auch in ähnlicher Weise, wie dies in §. 554. rücksichtlich des Editionseides geschehen ist, noch überdies die Ermächtigung ertheilt, die Zulassung zum Glaubenseide davon abhängig zu machen, daß der Schwurpflichtige seine auf die angestellten Nachforschungen bezüglichen Angaben eidlich erhärte, so finden die letzten Bedenken, welche der Zulassung des nach meiner Ansicht practisch unentbehrlichen Glaubenseides entgegenstehen, ihre Erledigung.

Eine selbstverständliche Folge der im Obigen empfohlenen, immerhin beschränkten Zulassung der Eideszuschiebung über Thatsachen, bei denen der Gegner nicht concurrirt hat, würde aber die sein, daß das Recht des Delaten wieder herzustellen wäre, den ihm zugeschobenen Eid in solchen Fällen, wo er denselben nur als Glaubenseid zu schwören vermag, dem Deferenten, gleichviel ob dieser bei der Thatsache concurrirt hat oder nicht, zurückzuschieben, und diesen dadurch zur Leistung des Wahrheitseides oder des Glaubenseides zu nöthigen. Nur in dem Falle wird sich bei der höheren Glaubwürdigkeit des Wahrheitseides aus Gründen der Gesetzespolitik die Ausschließung der Zurückschiebung empfehlen, wenn zwar der Delat, nicht aber der Deferent bei der Thatsache concurrirt hat, mithin jener den Wahrheitseid, dieser aber nur den Glaubenseid zu leisten im Stande sein würde, hierbei aber

dem Delaten in dem Falle, wenn ihm der Eid vom Cessionar deferirt worden ist, das Recht eingeräumt werden müssen, die Leistung des zurückgeschobenen Eides vom Cedenten zu fordern. Ein genügender Grund dafür, daß die Commission in §. 589. Abs. 2. des Entwurfes auf Grund von S. 1092. der Protocolle die Zurückschiebung eines über die Echtheit einer Privaturkunde zugeschobenen Eides überhaupt und also auch in dem Falle für unzulässig erklärt hat, wenn der Delat nur den Glaubenseid, der Deferent aber den Wahrheitseid zu leisten im Stande sein würde, läßt sich auch dann, wenn man sich auf den Standpunkt der Commission stellt, schwerlich auffinden. Möglich, daß hierbei die Anschauungen vorgeschwebt haben, auf denen die Einführung des Diffessionseides beruht. Allein unter den Gründen, welche gegen die Beibehaltung dieses Eides geltend gemacht worden sind, ist offenbar der der unwiderleglichste, daß dem Gegner des Beweisführers, wie bei anderen Thatsachen, worüber ihm der Eid deferirt wird, das Recht zustehen muß, den Eid zurückzuschieben, und daß ihm dieses Recht am allerwenigsten dann verkümmert werden darf, wenn er selbst die Echtheit der Urkunde nur de credulitate ablehnen, der Beweisführer aber solche de veritate versichern kann.

Die allerbedenklichste Bestimmung aber, welche der Entwurf rücksichtlich der Eideszuschiebung enthält, ist nach meinem Erachten die, wornach die eventuelle Cumulation dieser Eideszuschiebung mit anderen Beweismitteln nur für den Fall, wenn diese anderen Beweismittel für unzulässig angesehen werden, nicht auch für den Fall gestattet wird, daß die Aufnahme eines anderen Beweises kein oder kein genügendes Ergebniß haben sollte.[56])

Zur Rechtfertigung dieser in §. 588. enthaltenen, von fast allen neueren Gesetzgebungsarbeiten, und namentlich von der Hannöverschen Proceßordnung (§. 293.), der Badenschen Proceßordnung (§. 531.), der Bayerischen Proceßordnung (Art. 327.), dem Hannöverschen Entwurfe (§. 434.), dem Preußischen Entwurfe (§. 512.), dem Sächsischen Entwurfe (§. 480.) abweichenden Bestimmung hat man sich S. 1002 fg. und 1028. der Protocolle in der Hauptsache auf die günstigen Erfahrungen, welche man mit dem Verbote der

56) Vergl. auch Philippi a. a. O. S. 10.

eventuellen Cumulation des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln gemacht habe, und auf die daraus resultirende Vereinfachung und Abkürzung der Processe, sowie darauf berufen, daß die Gestattung dieser Cumulation zu einer gedankenlosen Häufung von Eiden führe.

Ich meinerseits halte diese Gründe nach allen Seiten hin für wenig stichhaltig.

Was zunächst die Erfahrungen betrifft, welche man in Sachsen mit dem Verbote der eventuellen Cumulation des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln gemacht hat, so mag zugegeben werden, daß dieses Verbot in vielen Fällen eine Abkürzung und Vereinfachung des Verfahrens zur Folge hat. Allein der Grund dieser Abkürzung und Vereinfachung ist nicht etwa blos darin zu finden, daß der Richter in Folge des Verbots des eventuellen Eidesantrags, wenn die Benutzung der übrigen Beweismittel keinen hinreichenden Erfolg hatte, nicht auf den Eid zurückgehen darf, wodurch auch nach gemeinem Rechte keine erhebliche Verzögerung entsteht, sondern hauptsächlich darin, daß die Parteien in Folge dieses Verbots von der Benutzung anderer ihnen zu Gebote stehender Beweismittel absehen und sich ausschließlich der Eideszuschiebung bedienen. Hat die beweispflichtige Partei, wie dies in Sachsen der Fall ist, nur die Wahl zwischen der Eideszuschiebung und anderen Beweismitteln, so wird sie von diesen letzteren, zumal wenn sie den Gegner keines Falscheides für fähig hält, selbstverständlich nur dann Gebrauch machen, wenn sie zur Beweiskraft derselben volles Vertrauen hat, und namentlich dann, wenn es Zeugen sind, deren sie sich bedienen könnte, bei der immerhin vorhandenen Möglichkeit des Mißlingens dieser Beweisführung, in den bei weitem meisten Fällen die Eideszuschiebung vorziehen und darin vom Anwalte bestärkt werden, da dieser im Zweifel immer geneigt sein wird, zum Gebrauche der Eideszuschiebung zu rathen, weil er sich in dem Falle, wenn der Proceß in Folge eines von der Gegenpartei geleisteten Eides verloren geht, gegen etwaige Vorwürfe gesicherter glaubt, als beim Mißlingen einer durch andere Beweismittel unternommenen Beweisführung. So erklärt sich die für den Nichtsachsen völlig unverständliche Erscheinung, daß in Sachsen fast alle Processe ihre Erledigung in einem oder mehreren Eiden finden, indem die wohlgemeinte Absicht des Gesetzgebers, durch das Verbot des

eventuellen Gebrauchs der Eideszuschiebung die Zahl der Eide zu mindern, gerade den entgegengesetzten Erfolg gehabt hat und nothwendig haben mußte. Ist nun die allzugroße Häufung der Eide, wie darüber Alle einverstanden sind, aus dem Grunde, weil dadurch der nach dem oben Gesagten ohnehin ursprünglich nur zur Aushülfe eingeführte Eid in der öffentlichen Meinung herabgedrückt wird, eine Calamität für den Rechtszustand, und ist diese Calamität in Sachsen wirklich vorhanden, so waren alle sächsischen Juristen, welche einen Blick über die Grenzen ihres engeren Vaterlandes hinaus gethan hatten, längst darüber einig, daß die Gestattung der eventuellen Cumulation des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln dringendes Bedürfniß sei, und hatte daher auch diese Ueberzeugung in §. 480. des Sächsischen Entwurfes Ausdruck gefunden. Der Einwand, daß dieser eventuelle Gebrauch des Eidesantrags zu einer gedankenlosen Häufung von Eiden führe, ist, zumal bei mündlichem Verfahren, an und für sich von geringer Bedeutung und läßt sich leicht durch Hinweisung darauf widerlegen, daß, wenn schon die Parteien bei dem Anbieten anderer Beweismittel es meist in ihrem Interesse finden werden, damit die eventuelle Zuschiebung des Eides zu verbinden, dies zwar zu einer Häufung von Eideszuschiebungen, nicht aber zu einer Häufung von Eiden, vielmehr erfahrungsmäßig zu einer Verminderung der letzteren führt und die beweispflichtige Partei vor der Gefahr schützt, in ihrem guten Rechte, zumal wenn es Zeugen sind, deren sie sich bedienen will, in Folge der absichtlich oder irrthümlich falschen, oder auf ein Nichtwissen hinauslaufenden Zeugenaussagen ohne ihr Verschulden gekränkt zu werden. Unter solchen Umständen erscheint die S. 1002. der Protocolle ersichtliche Behauptung, daß sich die Partei sogleich entschließen könne, ob sie sich des Eidesantrags oder anderer Beweismittel bedienen wolle, als wenig geeignet, das Verbot der Cumulation zu rechtfertigen. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Parteien die Beweisführung bei den Schwierigkeiten, mit denen dieselben hierbei ohnehin in vielen Fällen zu kämpfen haben, möglichst zu erleichtern und ihnen keinen Weg abzuschneiden, auf welchem sie zur Anerkennung ihres guten Rechts gelangen können.[57])

57) Vergl. auch v. Mittelstädt in den Verhandlungen des achten deutschen Juristentages, S. 69 fg.

Nach dem Gesagten muß ich mich nicht nur für die Gestattung der Eideszuschiebung über fremde Thatsachen mit den im Preußischen Entwurfe §. 510. vorgeschlagenen Beschränkungen sowie für unbeschränkte Gestattung der Zurückschiebung des Eides mit alleiniger Ausnahme des Falles, wo es sich um ein factum referentis proprium handelt, und für eine angemessene gleichmäßige Formulirung des Glaubenseides, sondern auch für die Zulassung der eventuellen Cumulation der Eideszuschiebung mit anderen Beweismitteln, und für die Beschränkung des richterlichen Eides auf den Fall, wo die zu beweisende Thatsache in höherem oder geringerem Grade wahrscheinlich ist, also für eine gänzliche Abänderung der §§. 584. 585. 588. 589. und 608. in Verbindung mit 610. Ziff. 1. des Entwurfes dringend verwenden, während ich mit den übrigen die Eideszuschiebung betreffenden Bestimmungen und namentlich mit der Ausschließung der Gewissensvertretung (S. 1028. der Protocolle) völlig einverstanden bin. Nur darauf möchte ich schlüßlich noch aufmerksam machen, daß die in §. 587. aufgenommene Bestimmung, wornach die Beweisaufnahme dann unterbleiben soll, wenn die Gegenpartei dem Beweisführer über die Unwahrheit der Beweisthatsache den Eid deferirt, mit den Grundsätzen einer rationellen Beweisregulirung im Widerspruche steht und nothwendig zu einer sehr bedenklichen Häufung der Eide führen muß, ohne dafür einen andern Vortheil, als den der Abkürzung des Verfahrens zu bieten. Auch entspricht die im §. 691. des Sächsischen Entwurfes enthaltene Bestimmung, wornach die Eideszuschiebung beim Echtheitsbeweise nicht blos darüber, daß der Aussteller die Urkunde selbst unterschrieben habe, sondern auch darüber, daß sie in dessen Auftrage oder mit seiner Genehmigung unterschrieben worden sei, und über beide Behauptungen zugleich gestattet wird, bei der naheliegenden Möglichkeit, daß der Empfänger der Urkunde bei ihrer Ausstellung nicht zugegen war und von der Vollziehung derselben durch einen Dritten nichts erfuhr, einem unverkennbaren practischen Bedürfnisse des Verkehrs, dessen Berücksichtigung sich um so mehr empfiehlt, als die Zulässigkeit der Eideszuschiebung über das unbestimmte Anführen, daß der Gegner die Urkunde entweder selbst unterschrieben, oder einem Anderen dazu Auftrag ertheilt, oder doch die erfolgte Vollziehung nachträglich genehmigt habe, in Ermangelung einer hierzu im Gesetze selbst ausdrücklich ertheilten Ermächtigung jedenfalls zu verneinen

sein würde. Vergl. auch meine Kritik des Sächsischen und Hannöverschen Entwurfes S. 154 fg.

Die das Verfahren bei der Eidesabnahme betreffenden Bestimmungen in §§. 612. bis 622. des Entwurfes geben zu besonderen Bemerkungen keine Veranlassung. Nur gegen §. 620., nach welchem für Mitglieder einer Religionsgesellschaft, welche von der förmlichen Eidesleistung durch eine staatliche Anordnung befreit sind, an die Stelle des Eides die dem Bekenntnisse dieser Religionsgesellschaft entsprechende Betheurungsformel nur dann treten soll, wenn diese staatliche Anordnung bereits vor dem Zeitpunkte der Publication der Proceßordnung ergangen war, läßt sich einwenden, daß in manchen Ländern die Befreiung der Mitglieder gewisser Religionsgesellschaften lediglich auf der Praxis beruht, in solchen Ländern aber die Vorschrift in ihrer jetzigen Fassung leicht zu Zweifeln Anlaß geben kann. Weiter würde es aber auch, wenn man nicht den allgemeinen Grundsatz aufstellen wollte, daß die Mitglieder aller Religionsgesellschaften, welche die Eidesleistung für unerlaubt halten, von der förmlichen Eidesleistung befreit sein sollen, jedenfalls im Interesse der Rechtseinheit wünschenswerth gewesen sein, die Befreiung gewisser Religionsgesellschaften von dieser Eidesleistung unter Aufhebung aller hierauf bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften bundesgesetzlich zu regeln.

§. 22.
Beweis zum ewigen Gedächtniß.

Die in §. 623. des Entwurfes nach Vorgang von §. 311. des Hannöverschen und von §. 826. des Preußischen Entwurfes erfolgte Ausschließung des Beweises zum ewigen Gedächtniß in dem Falle, wenn der Verlust einer Urkunde droht, erscheint gerechtfertigt, wenn man erwägt, daß das auf cap. 4. X. de confirm. II, 30. beruhende Exemplificationsverfahren nicht blos zu Sicherung gegen den Verlust einer in einem künftigen Processe brauchbaren Urkunde, sondern auch zu anderen Zwecken dient, mithin kein processualischer, sondern ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist. Hierzu kommt, daß es dann, wenn sich der Beweisführer im Besitze der Urkunde befindet, einer solchen Beweisführung zum ewigen Gedächtniß schon aus dem Grunde nicht leicht bedürfen wird, weil der Entwurf in §. 179. die Anstellung einer auf Anerkennung der Echtheit der Urkunde gerichteten Klage ge-

ſtattet. Befindet ſich aber die Urkunde in den Händen eines Dritten, ſo kann zwar nach den im Entwurfe §. 567. zur Geltung gelangten Grundſätzen gegen dieſen zur Sicherung gegen den Verluſt der Urkunde die Editionsklage angeſtellt, ein bloßes Editionsgeſuch aber, um welches es ſich beim Beweiſe zum ewigen Gedächtniß handeln würde, außerhalb des Proceſſes um ſo weniger geſtattet werden, als daſſelbe nicht einmal im Proceſſe zuläſſig iſt.

Wenn weiter in §. 631. Abſatz 3. des Entwurfes in Uebereinſtimmung mit §. 319. Abſatz 3. des Hannöverſchen Entwurfes beſtimmt iſt, daß der Beweisführer im Falle des Ausbleibens des Gegners in dem zur Beweisaufnahme beſtimmten Termine zur ſpäteren Benutzung der Beweisverhandlung nur dann ein Recht habe, wenn der Gegner zu dem gedachten Termine rechtzeitig, d. i. nach §. 627. des Entwurfes ſo zeitig geladen worden ſei, daß derſelbe in dieſem Termine ſeine Rechte wahrzunehmen vermochte, oder wenn der Beweisführer wenigſtens glaubhaft gemacht habe, daß die rechtzeitige Ladung ohne ſein Verſchulden unterblieben ſei, ſo läßt ſich auch dagegen nichts einwenden. Denn auf Zuziehung bei der Beweisaufnahme hat der Gegner nicht blos im Proceſſe, ſondern auch bei der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß ein unbeſtreitbares Recht, welches ihm nur aus dringenden Gründen verkümmert werden kann. Als einen ſolchen dringenden Grund erkennt aber der Entwurf nicht blos das vom Beweisführer nicht verſchuldete Unterbleiben der Zuſtellung der rechtzeitig erfolgten Ladung, ſondern auch die wegen dringender Gefahr im Verzuge vorhandene Unmöglichkeit der rechtzeitigen Ladung an, ohne hierbei mit dem Principe der freien Beweiswürdigung in Widerſpruch zu gerathen, da dem Beweisführer in ſolchen Fällen zwar die ſpätere Benutzung der in Abweſenheit des Gegners erfolgten Beweisaufnahme geſtattet, keineswegs aber ausgeſprochen iſt, welchen Werth das Gericht auf die Reſultate dieſer Beweisaufnahme zu legen habe, in dieſer Beziehung alſo dem freien Ermeſſen des Gerichts in keiner Weiſe vorgegriffen worden iſt.

Die in §. 634. des Entwurfes erfolgte Beſchränkung der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß in dem Falle, wenn der Beweisführer keinen beſtimmten Gegner bezeichnet, auf die Vernehmung von Sachverſtändigen und Einnehmung eines Augenſcheins, ſowie die Vorſchrift, daß es hierbei immer der Glaubhaftmachung der unverſchuldeten Unmöglichkeit der Bezeichnung eines

Gegners bedürfe, beruht nach S. 692. der Protocolle auf den mißlichen Erfahrungen, welche man in Folge der unbegrenzten Gestattung solcher Beweisführungen nach §. 250. der Hannöverschen Proceßordnung in Hannover gemacht hat, sowie auf der Erwägung, daß es bedenklich sein müsse, auf ein so unbestimmtes Vorbringen hin den Zwang zur Zeugnißablegung eintreten zu lassen. Nach meinem Dafürhalten ist die Commission auch hier den richtigen Weg gegangen, obschon dahingestellt bleiben mag, ob es sich nicht empfohlen haben würde, die Abhörung von Zeugen, deren Verlust droht, oder deren künftige Benutzung erschwert werden könnte, zum Zwecke der ohne Bezeichnung eines bestimmten Gegners unternommenen Beweisführung zum ewigen Gedächtniß wenigstens dann zu gestatten, wenn die Zeugen ihrer Abhörung keinen Widerspruch entgegensetzen.

§. 23.

Verfahren vor den Handels- und Amtsgerichten.

Eine der schwierigsten Aufgaben für den Proceßgesetzgeber ist jedenfalls die, den Einzelgerichtssachen, zumal wenn dieselben nicht aus besonderen Rücksichten auf ihre Dringlichkeit, sondern nur deshalb an die Einzelgerichte gewiesen sind, weil sie einen geringfügigen Gegenstand betreffen, trotz der hier selbstverständlich im Interesse des Staats sowohl, als der Parteien nothwendigen Abkürzung und Vereinfachung der Procedur, diejenigen Garantien der Gründlichkeit der Erörterung zu sichern, auf welche solche Sachen, auch abgesehen von der Relativität des Begriffes der Geringfügigkeit an sich, völlig gleichen Anspruch haben, wie die vor Collegialgerichten verhandelten größeren Sachen. Schon darin, daß solche geringfügige Sachen vor einem Einzelrichter verhandelt werden, also die Vortheile entbehren, welche die collegiale und deßhalb präsumtiv intelligentere und unparteiischere Behandlung derselben gewährt, liegt eine nicht unerhebliche Zurücksetzung derselben. Läßt sich aber diesem Uebelstande, wie darüber Alle einverstanden sind, aus practisch unabweisbaren Gründen nicht abhelfen, so wird man wenigstens dafür sorgen müssen, daß das Verfahren in solchen Sachen, wenn schon dessen möglichste Abkürzung und Vereinfachung geboten ist, doch wenigstens nicht derjenigen Garantien der Gründlichkeit der Erörterung ermangelt, ohne welche das gute Recht im Processe mehr oder weniger dem Zufalle

Preis gegeben erscheint und der Gefahr ausgesetzt wird, im Processe und durch denselben zu Grunde zu gehen. Der Gesetzgeber muß dies, nach dem bereits oben §. 3. Ausgeführten, um so mehr beherzigen, als die Zahl derjenigen Processe, deren Gegenstand ein nur geringfügiger ist, zumal nach der neuerdings in §. 3. des Entwurfes erfolgten, schon an sich nicht unbedenklichen Erweiterung des Bereichs der geringfügigen Rechtssachen, die bei weitem größere ist, und als sich die öffentliche Meinung über die Rechtspflege eines Staats ganz vorzugsweise nach den Resultaten solcher, die Mehrzahl ausmachender Rechtsstreitigkeiten bildet, mithin da, wo diese Resultate mißliche sind, das vor Allem unentbehrliche Vertrauen zur Rechtspflege auch dann untergraben wird, wenn die Behandlung anderer größerer Sachen nichts zu wünschen übrig läßt. Unter solchen Umständen wird man, wie ich bereits an anderem Orte[58]) überzeugend dargelegt zu haben glaube, das juristische Gewissen nicht mit der oft gehörten Ausrede beschwichtigen dürfen, daß, da die gründliche Behandlung solcher geringfügiger Rechtssachen nun einmal unmöglich sei, Alles darauf ankomme, dieselben zum wenigstens formellen Austrag zu bringen, und daß sich daher die Betheiligten hier eine oberflächlichere Behandlung mit möglicher Weise falschen Resultaten eben gefallen lassen müßten. Vielmehr wird man bestrebt sein müssen, den Uebelständen möglichst abzuhelfen, welche mit der bisherigen Procedur in solchen Sachen unbestreitbar verbunden sind und welche noch keine der neueren Proceßgesetzgebungen auch nur annähernd zu beseitigen vermocht hat. Namentlich ist es die Ueberstürzung der Parteien sowohl, als des Richters, welcher bis jetzt keine deutsche Gesetzgebung genügend vorgebeugt hat, welcher aber vorgebeugt werden muß, wenn nicht die Richtigkeit des Proceßresultats in bedenklicher Weise gefährdet werden soll. Wohl geht v. Mittelstädt[59]) nach meiner Ansicht zu weit, wenn er das Verfahren vor den Amtsgerichten demjenigen vor den Landgerichten, wenn schon unter Abkürzung der Minimalfristen, völlig gleichgestellt wissen will. Man kann füglich zugeben, daß der immerhin umständliche, die Ausdehnung des Anwaltszwanges auf geringfügige und dring-

58) Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, Bd. I. S. 259 fg.

59) a. a. O. S. 95 fg.

liche Rechtssachen voraussetzende Apparat der Zustellung vorbereitender Schriftsätze hier unbrauchbar ist. Daraus folgt aber nicht ohne Weiteres, daß von aller Vorbereitung der mündlichen Verhandlung abgesehen und den Parteien sowohl, als dem Richter zugemuthet werden dürfte, das nach Befinden sehr verwickelte Streitmaterial ohne alle Vorbereitung in der mündlichen Verhandlung zu bewältigen.

Noch bedenklicher, als in geringfügigen Rechtssachen erscheint aber eine solche Ueberstürzung in den vor die Handelsgerichte gewiesenen Rechtssachen, obschon die Verfassung dieser Gerichte eine collegialische ist, wenn man erwägt, daß es sich in solchen Sachen um sehr beträchtliche Objecte handeln kann, mithin das Interesse der Parteien, trotz des hier allgemein anerkannten Bedürfnisses rascherer Erledigung, an sich entschieden gleiche Gründlichkeit der Erörterung erheischt, wie in anderen größeren Sachen.

Nach meinem Dafürhalten ist die angemessene Reduction der Fristen und das statt der Zustellung vorbereitender Schriftsätze von mir in der gedachten Sammlung S. 279 flg. empfohlene protocollarische Vorverfahren, oder doch wenn man diesen Weg nicht einschlagen will, die rechtzeitig d. i. einige Tage vor der mündlichen Verhandlung erfolgte Niederlegung oder Protocollirung der Schriftsätze in der Gerichtsschreiberei, wo sie der Gegner einsehen kann, unter Wegfall des Anwaltszwanges, sowohl in Amtsgerichtssachen, als in Handelsgerichtssachen die einzige und äußerste Concession, welche man dem Bedürfnisse der rascheren Erledigung dieser Sachen machen darf. Dabei ist eine angemessene Herabsetzung der Gebührensätze für geringfügige Rechtssachen aus naheliegenden Gründen unentbehrlich.

Dagegen ist das im Entwurfe vorgeschlagene Verfahren weder geeignet, die Vortheile der Mündlichkeit zu sichern, noch für die Gründlichkeit der Erörterung irgend welche Garantien zu gewähren. Allerdings hat die Commission, wie rühmend anerkannt werden mag, dem Bedürfnisse eines genügenden Schutzes gegen Ueberstürzung, abweichend von anderen neueren Gesetzgebungsarbeiten, wenigstens einigermaßen durch die Bestimmung abzuhelfen gesucht, daß es auch in Handelsgerichtssachen und Amtsgerichtssachen, obwohl hier die Zustellung vorbereitender Schriftsätze untersagt ist, zur Klagerhebung der Zustellung des die Klagschrift und die Ladung enthaltenden Schriftsatzes, bez. des die Klage enthaltenden

Protocolls bedürfe und daß jede Partei auch hier das Recht haben soll, wegen eines eine nähere Erkundigung erfordernden Vorbringens der Gegenpartei, Vertagung der mündlichen Verhandlnng zu verlangen, sobald ihr das Vorbringen nicht vor der mündlichen Verhandlung, gleichviel in welcher Form, angezeigt worden ist, während dann, wenn diese Anzeige rechtzeitig erfolgte, der Antrag auf Vertagung zurückgewiesen, oder doch die Vertagung auf Kosten der den Antrag stellenden Partei angeordnet werden kann, in dem Falle aber, wenn die Anzeige zum Zwecke der Verzögerung des Verfahrens unterblieben war, die vorbringende Partei die Kosten der Vertagung zu tragen hat (§§. 635. 636. u. 641. in Verbindung mit §. 648.).

Allein, wenn man auch ganz davon absehen will, daß es nach Befinden ziemlich schwierig sein wird, die vor der Verhandlung erfolgte Anzeige in rechtliche Gewißheit zu setzen und daß die Gestattung dieser Anzeige bis zur Verhandlung ohne die Festsetzung einer, wenn auch noch so kurzen Frist gegen die Nothwendigkeit häufiger, hier ganz besonders lästiger Vertagungen der Verhandlung keine hinreichende Sicherheit gewährt, daß auch die im letzten Satze des §. 641. ausgesprochene Verpflichtung der vorbringenden Partei, im Falle der Unterlassung der Anzeige die Kosten der Vertagung zu tragen, schwerlich von der meist nicht zu ermittelnden Absichtlichkeit der Verzögerung des Verfahrens abhängig zu machen gewesen sein dürfte, enthalten doch diese Bestimmungen gegen die Ueberstürzung des Richters nicht den geringsten Schutz. Diese halte ich aber in irgendwie verwickelten Rechtssachen für nicht minder gefährlich, als die Ueberstürzung der Parteien, und in Amtsgerichtssachen für um so gefährlicher, als hier der Richter allein steht, also die collegiale Berathung ausgeschlossen ist.

Geht man mit der Commission von dem Gesichtspunkte aus, daß die protocollarische, also bedenklichste Form der Schriftlichkeit für die Amtsgerichtssachen und Handelsgerichtssachen zum Behuf der rascheren Erledigung derselben unentbehrlich sei, so wird sich gegen die vorgeschlagene Gestaltung des Verfahrens in solchen Sachen nichts Erhebliches einwenden lassen. Gewiß ist es richtig, wenn man die neben dem Mahnverfahren offenbar unnöthige sofortige Vorladung des Beklagten unter blos vorläufiger Angabe des Streitgegenstandes und die nachträgliche Anbringung der

Klage in der mündlichen Verhandlung S. 1058. der Protocolle ausschloß, aber in §. 171. deren protocollarische Anbringung und in §. 639. das freiwillige Erscheinen der Parteien an ordentlichen Gerichtstagen ohne vorausgegangene Ladung und Terminsbestimmung gestattete, und wenn man dem Richter in §. 643. nicht, wie in §§. 454. und 459. des hannöverschen Entwurfes geschehen, die mit einer sehr bedenklichen Verantwortlichkeit verbundene Verpflichtung auferlegte, die Parteien über die ihnen zustehenden Rechte und obliegenden Verpflichtungen, sowie über die bei der Versäumung daran drohenden Nachtheile jedesmal zu belehren. Ebenso erscheint es nur als eine Consequenz des Strebens, dem Mündlichkeitsprincipe trotz der überwiegenden Schriftlichkeit des Verfahrens wenigstens einige Geltung zu verschaffen, wenn in §. 644. in Verbindung mit §. 648. u. S. 1063 flg. u. 1066 flg. der Protocolle die Aufnahme von Anträgen und Erklärungen der Parteien, ja sogar die Aufnahme des vollständigen Thatbestandes im Protocolle, abweichend von §. 455. des Hannöverschen Entwurfes zwar gestattet, aber nicht gefordert, sondern lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen und nur die Feststellung der Anerkenntnisse, Zugeständnisse und Verzichtleistungen, falls der Gegner solche beantragt, ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden ist, obwohl diese Bestimmung in der Praxis sicher regelmäßig zur vollständigen Aufnahme des Parteivorbringens im Protocolle Veranlassung geben wird.

Schlüßlich möchte ich auch noch im Vorübergehen darauf hinweisen, daß es an einer klaren, auch dem Laien verständlichen, die Form der Klagerhebung in Amtsgerichtssachen und Handelsgerichtssachen betreffenden Bestimmung fehlt, obwohl eine solche gemeinverständliche Bestimmung hier, wo die Partei leicht von der Zuziehung eines juristischen Beistandes absehen zu dürfen glaubt, ganz besonders wünschenswerth gewesen sein würde. Freilich wird man bei vollständiger Berücksichtigung der an verschiedenen Orten sich findenden einschlagenden Bestimmungen im Wege der Interpretation zu dem Resultate gelangen, daß die Commission, wenn sie in §. 635. den allgemeinen Satz vorausschickte, daß die im ersten Abschnitte des zweiten Buches enthaltenen Vorschriften auch auf das Verfahren vor den Handelsgerichten Anwendung leiden sollen, und dies in §. 648. auf das Verfahren vor den Amtsgerichten ausdehnte, zugleich aber in §. 636. hier-

von die auf die vorbereitenden Schriftsätze bezüglichen Vorschriften und insbesondere die Bestimmungen des zweiten und dritten Absatzes des §. 384. ausdrücklich ausschloß, also den ersten Absatz dieses Paragraphen stehen ließ, von der Ansicht ausgegangen sein müsse, daß die in diesem ersten Absatze vorgeschriebene Form der Klagerhebung, trotz §. 640., welcher die Zustellung vorbereitender Schriftsätze allgemein untersagt, auch im Handelsgerichts- und Amtsgerichtsprocesse beobachtet werden solle, und daß das in §. 639. gestattete freiwillige Erscheinen der Parteien zur mündlichen Verhandlnng nur als eine Ausnahme zu betrachten sei. Allein deutlich ergiebt sich dies nur aus dem S. 1058. der Protocolle gefaßten Beschlusse, daß die Klage auch in Handelsgerichts- und Amtsgerichtssachen durch Zustellung eines dieselbe und die Ladung enthaltenden Schriftsatzes erhoben werden solle, und daß dieser Schriftsatz den in §. 183. angegebenen Erfordernissen der Klage entsprechen müsse, während die nach der Fassung des Entwurfes ebenfalls nicht ganz unzweifelhafte Frage, ob die in §. 171. enthaltene Bestimmung, daß die Schriftsätze in anderen als Anwaltsprocessen durch eine Erklärung zum Protocolle des Gerichtsschreibers ersetzt werden können, auch von dem Klagschriftsatze zu gelten habe, nach S. 1059. der Protocolle im bejahenden Sinne zu entscheiden sein wird, ja dort sogar die Zulässigkeit der Protocollirung der Klage durch den Gerichtsvollzieher, wenn ein solcher landesgesetzlich vorhanden, ausdrücklich bejaht worden ist, obschon der Entwurf selbst hierfür nirgends einen Anhalt gewährt.

§. 24.
Urkunden- und Wechselproceß.

Ganz vortrefflich sind die den Urkundenproceß betreffenden, in §§. 649 bis 663. enthaltenen Bestimmungen des Entwurfes[60]). Dieselben beruhen auf dem gewiß richtigen Gedanken, daß zwar die Regulirung des streitigen Rechtsverhältnisses in diesem Processe, da dem Beklagten nur unvollständiges Gehör gewährt wird, regelmäßig nur eine provisorische ist, daß aber die sofortige defini-

60) Gab a. a. O. S. 61 fg. — Die Behauptung Philippi's a. a. O. S. 15, daß es eines Urkunden- und Wechselprocesses überhaupt nicht mehr bedürfe und daß sich das Nöthige im gewöhnlichen Processe erreichen lassen werde, halte ich nicht für gerechtfertigt.

tive Regulirung ausnahmsweise dann zu erfolgen habe, wenn sich schon hier die Grundlosigkeit des geltend gemachten Anspruchs herausgestellt oder der Beklagte gegen denselben überhaupt keinen Widerspruch erhoben hat. Vergl. S. 1085. und 1092. der Protocolle. Daher hat nach §. 661. in Verbindung mit §§. 658 u. 659. des Entwurfes das Urtheil, durch welches der Kläger, weil der von ihm geltend gemachte Anspruch an sich, oder in Folge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt, mit seinem Anspruche abgewiesen worden ist, sowie das Urtheil, durch welches der Beklagte, weil er der Klage überhaupt nicht widersprochen hat, ohne Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte im besonderen Verfahren verurtheilt worden ist, die Wirkungen eines im ordentlichen Verfahren erlassenen, also nicht blos provisorischen, sondern das streitige Rechtsverhältniß definitiv regulirenden Urtheils. Dagegen ist nach §. 660. in Verbindung mit §§. 658. u. 659. das Urtheil dann, wenn die Klage nur als in der gewählten Proceßart unstatthaft abgewiesen, sowie wenn dem verurtheilten Beklagten, weil er der Klage, gleichviel ob im Allgemeinen oder auf Grund von Einreden widersprochen hat, die Ausführung seiner Rechte im ordentlichen Verfahren vorbehalten worden ist, obwohl dasselbe für den Urkundenproceß als Endurtheil gilt, nur vorläufig vollstreckbar, indem dadurch nach §. 662. Abs. 1. und §. 663., ohne daß es der Anstellung einer neuen Klage bedarf, die Fortsetzung des Rechtsstreits im ordentlichen Verfahren zum Zwecke der definitiven Regulirung des streitigen Rechtsverhältnisses bez. der Wiederaufhebung der im Urkundenprocesse erfolgten Verurtheilung mit allen ihren Folgen auf Betreiben der einen oder der anderen Partei nicht ausgeschlossen wird. Nur insofern ist nach §. 662. Abs. 2. die Thätigkeit des Beklagten in diesem ordentlichen Verfahren eine beschränkte, als er keine Einreden vorbringen kann, welche in dem Urkundenprocesse für unbegründet erklärt sind, und die Echtheit einer von dem Kläger im Urkundenprocesse beigebrachten Privaturkunde nicht bestreiten kann, sofern er im Urkundenprocesse über die Echtheit sich nicht erklärt, oder den über dieselbe zugeschobenen Eid nicht geleistet hat.

Ebenso steht nach §§. 657. und 662. Abs. 1. in dem Falle, wenn der Kläger, wie ihm auch ohne Einwilligung des Beklagten bis zum Schlusse der Hauptverhandlung gestattet ist, von dem Urkundenprocesse in der Weise absteht, daß der Rechtsstreit im

ordentlichen Verfahren anhängig bleibt, jeder Partei das Recht zu, den Rechtsſtreit in dieſem ordentlichen Verfahren fortzuſetzen.

Durch dieſe Beſtimmungen iſt dem bisherigen Rechte gegenüber das gewonnen, daß es in dem Falle des Abſtehens des Klägers vom Urkundenproceſſe und der mit dem Vorbehalte der Ausführung ſeiner Rechte erfolgten Verurtheilung des Beklagten keiner neuen Klagerhebung bedarf, vielmehr der Proceß zum Zwecke der Fortſetzung deſſelben im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt. Weiter iſt es gewiß zweckmäßig, daß nach §. 658. die Statthaftigkeit der gewählten Proceßart der amtlichen Beurtheilung des Gerichts unterliegt, daß mithin die Klage auch dann abgewieſen werden muß, wenn der Beklagte im Termine zur mündlichen Verhandlung ausgeblieben iſt, oder er der Klage nur auf Grund von rechtlich unbegründeten oder im Urkundenproceſſe nicht zuläſſigen Einreden widerſprochen hat, und demnach der Beklagte, wenn die Proceßart unſtatthaft iſt, ohne Gefahr im Termine ausbleiben kann, während ihm dem in Folge ſeines Ausbleibens ohne Vorbehalt verurtheilenden Verſäumnißurtheile gegenüber der Einſpruch ebenſo zuſteht, wie gegen Verſäumnißurtheile im ordentlichen Verfahren.

Die in §. 649. des Entwurfes vorgeſchlagene Beſchränkung des Urkundenproceſſes auf ſolche Anſprüche, welche die Zahlung einer beſtimmten Geldſumme oder die Leiſtung einer beſtimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenſtande haben, empfiehlt ſich ſchon aus dem Grunde, weil die in manchen Ländern erfolgte Ausdehnung dieſer Proceßart auf Anſprüche jeder Art über das practiſche Bedürfniß, welches zur Einführung des Urkundenproceſſes Veranlaſſung gegeben hat, offenbar hinausgeht und die möglichſte Beſchränkung ſeiner Zuläſſigkeit bei der ungleichen Stellung, welche die Parteien hier einnehmen, ohnehin geboten erſcheint. Ebenſo ſchützt die in §. 649. erfolgte genaue Bezeichnung der Urkunden, auf welche ſich der Anſpruch in dieſer Proceßart gründen muß, ſowie der Urkunden, durch welche alle übrigen Klagthatſachen bewieſen ſein müſſen, gegen jeden in dieſer Hinſicht etwa zu erhebenden Zweifel.

Auch das Verfahren iſt in zweckmäßiger, im Allgemeinen den Beſtimmungen des Hannöverſchen Entwurfes §. 473 flg. entſprechender Weiſe geregelt. Namentlich empfiehlt ſich nicht nur die Vorſchrift in §. 650., daß der Kläger ſeine Abſicht, im Urkundenproceſſe

zu klagen, ausdrücklich erklären müsse, und daß die Klagurkunden der Klage in der Urschrift oder in Abschrift beizulegen seien, sowie die in §. 651. für den Fall, wenn die Klage im Inlande zugestellt wird, erfolgte Abkürzung der Einlassungsfrist und der Klagbeantwortungsfrist, sondern auch die in §§. 652 bis 655. enthaltene Bestimmung, daß der Urkundenbeweis in dieser Proceßart nur durch sofort beigebrachte voll beweisende Urkunden und der Echtheitsbeweis einer nicht anerkannten Privaturkunde nur durch Urkunden oder Eideszuschiebung, dagegen der Beweis der Einreden, Repliken oder Dupliken nicht blos durch Urkunden, sondern auch durch die, nach dem Entwurfe freilich sehr beschränkt, zulässige Eideszuschiebung geführt werden könne. Wenn dagegen nach §. 656. auf die Widerklage auch dann, wenn sie eine connexe ist, die die nichtconnexe Widerklage betreffenden Bestimmungen des §. 192. Anwendung leiden sollen, so war dazu, ganz abgesehen von den gegen die unbeschränkte Zulassung der Widerklage und gegen die abgesonderte Verhandlung über dieselbe überhaupt oben §. 5. geltend gemachten Bedenken, nach meinem Dafürhalten kein genügender Grund vorhanden, da das Bedürfniß rascher Realisirung liquider Ansprüche auch in diesem Falle durch die vorläufige Vollstreckbarkeit des den Beklagten in der Vorklagsache verurtheilenden Erkenntnisses vollständig befriedigt wird, und nicht einzusehen ist, weshalb es den Parteien verwehrt sein soll, den Rechtsstreit über die Widerklage ebenso im ordentlichen Verfahren fortzusetzen, wie dies nach §. 659. in Verbindung mit §. 662. dann gestattet sein soll, wenn dem Beklagten auf Grund eines von ihm wider die Klage erhobenen Widerspruchs die Ausführung seiner Rechte im besonderen Verfahren vorbehalten worden ist.

Im Wechselprocesse gelten zwar nach §§. 664 bis 668. im Allgemeinen die nämlichen Grundsätze. Indeß werden dieselben schon dadurch, daß die Klage hier auf Wechsel im Sinne der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung gestützt sein muß, und weiter dadurch wesentlich modificirt, daß die größeren Wechselsachen nach §. 7. Ziff. 2. des Entwurfes vor die Handelsgerichte gehören, mithin in denselben die in §. 635 flg. enthaltenen Vorschriften zur Anwendung kommen. Nur rücksichtlich der Zuständigkeit des Gerichts, der Einlassungsfrist und der hier untersagten Eideszuschiebung über Einreden, Repliken und Dupliken enthält der Entwurf einzelne abweichende Bestimmungen, deren Zweck-

mäßigkeit schwerlich bezweifelt werden kann. Indeß muß ich bedauern, daß man dem Bedürfnisse gewisser Industriedistrikte, welches die Gleichstellung der kaufmännischen Anweisungen mit den Wechseln nach meinem Dafürhalten dringend erheischt, keine Beachtung geschenkt, und die diese Gleichstellung bezweckenden Worte in §. 487. des Hannöverschen Entwurfes nicht wenigstens insoweit, als sie sich auf solche kaufmännische Anweisungen beziehen, beibehalten hat. Ich betrachte diesen, S. 1100. der Protocolle gefaßten Beschluß, obwohl die Schuldhaft im Bundesgesetze vom 29. Mai 1868 aufgehoben worden ist, als eine Calamität für das Fabrikwesen mehrer zum Norddeutschen Bunde gehöriger Länder, welche mit der an unserer neueren Handelsgesetzgebung charakteristischen vorsichtigen Förderung und Schonung der Interessen des Handels und der Industrie wenig übereinstimmt, und da es sich nicht um Gestattung einer abweichenden Procedur, sondern nur um die Voraussetzungen handelt, unter denen eine im Entwurfe geregelte Procedur Anwendung zu finden hat, durch die Rücksicht auf die Gleichförmigkeit der Procedur nicht für geboten. Die Bayerische Proceßordnung hat dieses Bedürfniß für das Königreich Bayern in Art. 552. ausdrücklich anerkannt und ebenso war dies in §. 815. des Sächsischen Entwurfes geschehen. Damit, daß die Commission S. 1100. der Protocolle von der Ausdehnung des Wechselprocesses auf Schuldverschreibungen nach Wechselrecht abgesehen hat, kann man sich gern einverstanden erklären, da ein genügender Grund hierzu in der That nicht vorhanden ist. Dem Bedürfnisse einer möglichst raschen Zwangsvollstreckung in Wechselsachen wird hoffentlich entsprochen werden.

§. 25.
Arrestproceß.

Gegen die den Arrestproceß betreffenden Bestimmungen in §§. 669 bis 700. des Entwurfes ist nach meinem Dafürhalten etwas irgendwie Erhebliches nicht einzuwenden. Namentlich finde ich dasjenige, was der Entwurf über die Voraussetzungen zur Anlegung des sächlichen und persönlichen[61]) Arrests, über die Mittel, denselben abzuwenden oder seine Wiederaufhebung zu er-

61) A. M. Philippi a. a. O. S. 15.

langen, und über seine Wirkungen, über die Competenz zur Arrestlegung und über das hierbei einzuschlagende Verfahren bestimmt, ebenso gerechtfertigt, wie dasjenige, was darin über die, die Bestätigung des angeordneten Arrests bezweckende, bei dem für die Hauptsache zuständigen Gerichte binnen einer hierzu bestimmten Präclusivfrist anzustellende Arrestklage und das darauf abzufassende, den Arrest bestätigende, abändernde oder aufhebende Urtheil und seine Folgen auf Grund der in den Protocollen S. 1105 flg. und 1171 flg. gefaßten Beschlüsse enthalten ist. Die Arrestlegung auf Grundstücke und hypothekarische Forderungen war bei ihrem unmittelbaren Zusammenhange mit dem Grund- und Hypothekenrechte der einzelnen Bundesländer in der Proceßordnung nicht zu regeln, während es besonderer Vorschriften über die Modalität der Vollziehung des angeordneten Arrests hier aus dem Grunde nicht bedurfte, weil hierauf, wie §. 696. ausdrücklich besagt, die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung leiden.

§. 26.
Einstweilige Anordnungen.

Ebensowenig habe ich an den in §§. 701. bis 712. des Entwurfes enthaltenen Bestimmungen über die einstweiligen Anordnungen, in denen die Bestimmungen in §§. 540. bis 545. des Hannöverschen Entwurfes weiteren Ausbau gefunden haben, etwas auszusetzen. Diese auf Antrag einer Partei, gleichviel ob vor oder nach Anhängigmachung der Hauptsache (§. 705.), in Bezug auf den Streitgegenstand zu erlassenden einstweiligen Anordnungen, neben welchen die nach bürgerlichem Rechte in bestimmten Fällen zu erlassenden einstweiligen Verfügungen in Geltung bleiben (§. 711.), unterscheiden sich vom Arreste, ganz abgesehen von der Verschiedenheit der Voraussetzungen des Zweckes (§. 701. u. 712.), schon dadurch, daß sie regelmäßig nur vom Gerichte der Hauptsache (§. 703.) und zwar nach vorgängigem Gehör des Gegners (§. 706.) zu erlassen sind, und nur ausnahmsweise in dringenden Fällen vom Vorsitzenden des Gerichts der Hauptsache, oder von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke sich der betreffende Gegenstand befindet, ohne solches vorgängiges Gehör des Gegners erlassen werden können (§. 709.), überdies aber auch noch insofern, als der Antragsteller zwar das zu sichernde Recht, die Gefährdung

dieſes Rechts aber nur dann glaubhaft zu machen hat, wenn das Gericht dieſe Glaubhaftmachung nach ſeinem Ermeſſen fordert, obſchon von dieſem Erforderniſſe in gleicher Weiſe, wie §. 676. rückſichtlich des Arreſts beſtimmt worden, gegen Sicherheitsleiſtung abgeſehen werden kann (§. 702.). Auch iſt die Modalität der einſtweiligen Anordnung dem freien Ermeſſen des Gerichts überlaſſen (§. 704.) und die Wiederaufhebung der Anordnung gegen Sicherheitsleiſtung des Gegners nur unter beſonderen Umſtänden zuläſſig (§. 707.). Der die Erlaſſung der einſtweiligen Anordnung bezweckende, durch eine beſondere Ladung einzuleitende Rechtsſtreit iſt auch dann, wenn er in der bereits anhängigen Hauptſache nur als ein proceſſualiſcher Zwiſchenſtreit erſcheint, immer als ein ſelbſtändiger Proceß anzuſehen und mittelſt Urtheils zu entſcheiden, auf welches die in §§. 689. bis 699. enthaltenen, den Arreſtproceß betreffenden Beſtimmungen entſprechende Anwendung finden und nach deſſen Verkündigung dann, wenn die Anordnung im Urtheil getroffen, die Hauptſache aber noch nicht anhängig iſt, die Hauptklage binnen einwöchiger Friſt erhoben werden muß (§§. 706. 708.). Iſt die Anordnung ausnahmsweiſe ohne vorgängiges Gehör des Gegners getroffen, ſo finden die den Arreſt betreffenden, in §§. 684. bis 688. enthaltenen Beſtimmungen Anwendung (§. 709.).

§. 27.
Rechnungsſachen, Auseinanderſetzungen ꝛc.

Das in §§. 713. bis 721. des Entwurfes vorgeſchlagene Verfahren in Rechnungsſachen, Auseinanderſetzungen und ähnlichen Proceſſen, in welchen es ſich nicht blos um viele Thatſachen, ſondern um zahlreiche in der mündlichen Verhandlung ſchwer überſehbare abgeſonderte Streitpunkte handelt, iſt anderen neueren Geſetzgebungsarbeiten gegenüber als ein entſchiedener Fortſchritt zu begrüßen, weil dadurch dem Mündlichkeitsprincipe auch in ſolchen verwickelten Rechtsſtreitigkeiten ſoweit irgend möglich Geltung verſchafft und das ſchriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung ohne Gefährdung der Gründlichkeit der Erörterung entbehrlich gemacht wird. Daß das ordentliche Verfahren zur gründlichen Erörterung in ſolchen ganz beſonders verwickelten Fällen möglicher Weiſe nicht ausreicht, läßt ſich füglich nicht beſtreiten, und ſo war es denn gewiß zweckmäßig, wenn dem Gerichte, gleichviel ob daſſelbe ein

Handelsgericht oder ein Landgericht ist (§. 721.), in §. 713. das Recht eingeräumt wurde, in der Hauptverhandlung, falls sich das Bedürfniß hierzu zeigt, nach Erledigung der etwa erhobenen proceßhindernden Einreden (§. 714.) vor der Erörterung und Entscheidung der einzelnen Streitpunkte, wenn schon nach Befinden unter Erlassung eines Theilurtheils (§. 720.), ein besonderes vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter anzuordnen und in dem hierauf bezüglichen Beschlusse den Gegenstand des vorbereitenden Verfahrens, sowie den beauftragten Richter zu bezeichnen und den Termin zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen (§. 715.). Das so angeordnete vorbereitende Verfahren unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Vorverfahren schon dadurch, daß dasselbe, ohne daß es der Mittheilung vorbereitender Schriftsätze bedarf (§. 717. Absatz 3.), in einer Verhandlung vor dem beauftragten Richter zu Protocoll abgesetzt wird, in welchem derselbe sowohl die unstreitigen Ansprüche und Erinnerungen, als in Ansehung der streitigen den Sach- und Streitstand nebst den Anträgen der Parteien einschließlich der Beweisanträge festzustellen hat, wobei die rücksichtlich der Verpflichtung der Parteien zur Beantwortung der ihnen vorgelegten Fragen, sowie zur Erklärung über die ihnen vorgelegten Urkunden und über die ihnen zugeschobenen Eide in §§. 297. 578. und 596. getroffenen Bestimmungen unveränderte Anwendung leiden, und nur die Verpflichtung der Parteien zum persönlichen Erscheinen (§. 296.) von der Anordnung des Proceßgerichts abhängig gemacht ist (§. 716.). In dem nach dem Schlusse dieses protocollarischen vorbereitenden Verfahrens zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vom Proceßgerichte von Amtswegen bestimmten und bekannt zu machenden Termine (§. 715. Absatz 3.) ist von den Parteien, und wenn nur eine derselben erschien, von dieser unter Ausschließung neuer Ansprüche und Erinnerungen (§. 718.) und unter Controle des Vorsitzenden das Ergebniß des Vorverfahrens auf Grund des Protocolls vorzutragen. Gegen die in der Verhandlung vor dem beauftragten Richter nicht erschienene Partei, welche zu diesem Termine zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung nicht geladen und wenn sie erschien, nicht gehört wird, ist auf Antrag der anderen Partei in Gemäßheit des §. 415. Ziff. 1. das Versäumnißurtheil zu erlassen (§. 719.). Nach meinem Dafürhalten enthalten diese Bestimmungen das Beste, was auf diesem Gebiete geschaffen worden

ist, und möchte ich daher das Festhalten an denselben dringend empfehlen.

§. 28.
Mahnverfahren.

Das in §§. 722. bis 738. geordnete Mahnverfahren [62]), dessen richtig verstandener Zweck nicht blos darauf sich beschränkt, dem Gläubiger vor Anstellung der Klage zu einer ernsten Mahnung Gelegenheit zu geben, sondern dahin geht, für voraussichtlich unstreitige, gleichviel ob größere oder geringere Ansprüche ein nicht blos vorläufig, sondern definitiv vollstreckbares Judicat zu schaffen (vergl. Protocolle S. 1187.), hat sich überall, wo man diesen Zweck nicht verkannte und die Grenzen des Mahnverfahrens nicht allzusehr beengte, außerordentlich bewährt. Der Schuldner kann sich über ein solches Verfahren aus dem Grunde nicht beschweren, weil sein rechtzeitiger einfacher Widerspruch dem an ihn erlassenem Zahlungsbefehle seine Kraft benimmt, während er dann, wenn der Anspruch begründet ist, wenn irgend möglich die Befriedigung des Gläubigers einem hoffnungslosen Processe vorziehen wird.

Von diesen Gesichtspunkten ausgehend hat der Entwurf zwar die Zulässigkeit dieses Mahnverfahrens in §. 722. nach Vorgang aller neueren Gesetzgebungen auf voraussichtlich unstreitige, also auf solche Ansprüche beschränkt, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande haben und nicht nach Inhalt des Gesuchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung bedingt sind (§. 722.), auf den Werth oder Betrag des Anspruchs aber, obschon das Gesuch zur Erleichterung der Anbringung desselben immer beim Amtsgerichte zu stellen ist, bei Bestimmung der Zulässigkeitsgrenzen keine Rücksicht genommen. (§. 723.) Weiter ist es gewiß nur zu billigen, wenn das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines Vollstreckungsbefehls sowie die Erhebung eines Widerspruchs durch Gestattung seiner mündlichen Anbringung und durch das Nichterfordern seiner Protocollirung oder abschriftlichen Mittheilung in §. 737. möglichst erleichtert wird und wenn nach §. 730. zwar der Zahlungsbefehl durch rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs im Allgemeinen seine

62) Gab a. a. O. S. 70 fg.

Kraft verliert, dennoch aber die mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner eingetretenen Wirkungen der Rechtshängigkeit fortbestehen und die Klage in dem Falle, wenn sie zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehört, als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben angesehen wird, und jeder Partei das Recht zusteht, den Termin zur mündlichen Verhandlung durch eine, mindestens drei Tage vor dem Termine zuzustellende Ladung zu erwirken (§. 731.), während dann, wenn die Klage nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen, falls der Kläger nicht binnen sechs Monaten nach der Benachrichtigung vom Widerspruche die Klage bei dem zuständigen Gerichte erhoben hat (§. 732.). Auch dagegen läßt sich nichts einwenden, daß der Entwurf die Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls nicht sofort mit Ablauf der in demselben bestimmten regelmäßig zweiwöchigen Frist (§. 726.), sondern erst mit der auf das längstens binnen sechs Monaten zu stellende Gesuch des Gläubigers (§. 736.) auf den Zahlungsbefehl zu setzenden Vollstreckbarkeitserklärung eintreten läßt, und daß der Schuldner bis dahin mit seinem Widerspruche auch nach Ablauf der ihm dazu eingeräumten Frist noch gehört wird (§§. 728. 734.), da der mit der Vollstreckungsverfügung versehene Zahlungsbefehl ohnehin nur die Wirkung eines gegen den Schuldner erlassenen Versäumnißurtheils hat, und durch Einspruch beseitigt werden kann (§. 735.).

§. 29.
Rechtsmittel.

Das Rechtsmittelwesen ist im Allgemeinen vortrefflich geregelt. Nur einige Bestimmungen sind es, gegen welche mir erhebliche Bedenken beigegangen sind. Dahin gehört zunächst, wie auch Plathner[63]) hervorhebt, die in §. 742. Absatz 1. erfolgte Ausschließung der Berufung in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 50 Thalern nicht übersteigt. Die Gründe, welche man zur Rechtfertigung dieser Bestimmung S. 1481 fg. der Protocolle geltend gemacht hat, sind nur zum Theil stichhaltig. Denn von einer in Folge der Zulassung der Berufung in ganz gering-

63) a. a. O. S. 85.

fügigen Rechtsstreitigkeiten zu befürchtenden Ueberbürdung der höheren Gerichte und damit verbundenen Nothwendigkeit der Vermehrung ihrer Zahl kann schon aus dem Grunde keine Rede sein, weil die Commission in den Vorbemerkungen S. V. mit Recht von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß den Amtsgerichten, wo die geringfügigen Rechtsstreitigkeiten nach §. 3. Ziff. I. anhängig sein sollen, nicht die Oberlandesgerichte, sondern die Landgerichte vorgeordnet und die Ersteren nur nach §. 828. des Entwurfes in sehr vereinzelten Fällen auf Nichtigkeitsbeschwerde thätig sein werden, mithin die finanziellen Interessen des Staats, welche dem Bedürfnisse einer Vertrauen erweckenden, die Rechte der Parteien hinreichend sicherstellenden Rechtspflege gegenüber überhaupt nur in zweiter Reihe in Betracht kommen können, durch Zulassung einer Berufung an die Landgerichte nicht wesentlich gefährdet werden würden. Ebensowenig kann man sich zur Motivirung der gänzlichen Ausschließung dieser Berufung darauf beziehen, daß die dagegen etwa zu erhebenden Bedenken durch die Erfahrung widerlegt würden. Vielmehr lehrt in solchen Ländern, wo die Anfechtung der Entscheidung auch in ganz geringfügigen Rechtsstreitigkeiten gestattet ist, daß die gegen diese Entscheidung eingewendeten Rechtsmittel dem in zweiter Instanz erkennenden Gerichte überaus häufig zu Erlassung reformatorischer Erkenntnisse Veranlassung geben, während überall da, wo diese Anfechtung ausgeschlossen ist, von in dieser Beziehung gemachten Erfahrungen der Gerichte aus dem Grunde keine Rede sein kann, weil es diesen an allem Material dazu fehlt, die Parteien aber, wie namentlich die Advocaten bestätigen können, über unrichtige Proceßresultate nur allzuhäufig zu klagen haben. Am allerwenigsten möchte ich es aber gerechtfertigt finden, wenn man sich weiter darauf berufen zu dürfen glaubte, daß durch Einführung der Inappellabilität solcher ganz geringfügiger Rechtsstreitigkeiten die Autorität des Einzelrichters gestärkt werde. Denn diese wird, zumal in jetziger Zeit, wo das büreaukratische Princip allen Boden verloren hat, nicht durch Ausstattung des Einzelrichters mit einer die Parteirechte gefährdenden äußeren Machtvollkommenheit und durch Entziehung aller Schutzmittel gegen falsche Entscheidungen, sondern nachhaltig nur dadurch gestärkt, daß sich das Publicum von der Tüchtigkeit des Richters und von der Richtigkeit seiner Entscheidungen überzeugt, wie denn auch eine Stärkung seiner Au-

torität auf Kosten des guten Rechts selbstverständlich nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen kann.

Nur das mag zugegeben werden, daß bei ganz geringfügigem Objecte die Zulassung einer Berufung wegen der dadurch entstehenden Kosten und Weiterungen ihre Bedenken hat, obschon daraus in solchen Ländern, wo auch in den geringfügigsten Sachen gegen die Entscheidung einmal remedirt werden kann, wie in Preußen, wo Recurs, und in Sachsen, wo Appellation zugelassen ist, bei zweckmäßiger Abkürzung des Rechtsmittelverfahrens und consequenter Durchführung des Grundsatzes, daß die in der Rechtsmittelinstanz unterliegende Partei die Kosten dieser Instanz immer allein zu tragen habe, wohl keine erheblichen Inconvenienzen entstanden sind, auch dieser Grund für die Commission nicht maßgebend gewesen sein kann, da dieselbe nach §. 742. die Berufung in allen größeren d. i. ein Object von mehr als 50 Thlr. betragenden Sachen auch dann gestattet hat, wenn der Gegenstand der Beschwerde ein ganz geringfügiger ist. Glaubt man aber die Berufung aus dem gedachten Grunde in ganz geringfügigen Rechtsstreitigkeiten ausschließen zu müssen, so wird man aus den nämlichen Gründen, aus denen ich mich oben §. 23. überhaupt für möglichste Gleichstellung des Verfahrens in Amtsgerichtssachen mit dem Verfahren vor den Landgerichten verwendet habe, und um nicht ganzen Bevölkerungsklassen, in deren Rechtskreise es sich meist nur um geringfügige Objecte handelt und bei denen ohnehin das Mißtrauen in die Justiz vielfach verbreitet ist, zu diesem Mißtrauen wohlbegründete Veranlassung zu geben, wenigstens den Bereich dieser inappellabeln Rechtsstreitigkeiten möglichst zu beschränken haben. Der Betrag von 50 Thalern, bis zu welchem der Entwurf die Berufung ausschließt, scheint mir unter solchen Umständen entschieden als zu hoch gegriffen und die Ausschließung dieses Rechtsmittels in Sachen, deren Gegenstand den von der Commission ursprünglich in Aussicht genommenen Betrag von 20, oder höchstens 25 Thalern nicht übersteigt, die äußerste Concession zu sein, welche man dem Bedürfnisse rascher und wohlfeiler Justizpflege rücksichtlich der Inappellabilität machen darf.

Weiter halte ich aber auch die Bestimmungen des Entwurfes in §§. 748. 811. 837. Abs. 2. und 856. über den Beginn des Laufes der zur Einwendung eines Rechtsmittels gegebenen Nothfristen in keiner Weise für angemessen. Die Verkündigung des

Urtheils erfolgt nach §. 326. in Verbindung mit §. 402. sofort nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung oder doch in einem zu diesem Zwecke sofort zu bestimmenden neuen Termine durch Vorlesung der schriftlich abgefaßten Urtheilsformel, indem nur Versäumnißurtheile ohne vorausgegangene schriftliche Abfassung verkündigt werden können. Der vollständigen Abfassung des Urtheils (§. 328 flg.) bedarf es hierbei nach §. 333. Abs. 2. noch nicht, vielmehr kann diese innerhalb einer Woche, vom Tage der Verkündigung an gerechnet, nachträglich erfolgen. Zugleich bestimmt nicht nur §. 327. in Verbindung mit §. 337., daß die Wirksamkeit der Verkündigung eines Urtheils oder eines Beschlusses des erkennenden Gerichts, sowie einer Verfügung des Vorsitzenden oder eines beauftragten oder ersuchten Richters von der Abwesenheit der Parteien nicht abhängig sei, vielmehr die Verkündigung auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt gelte, welche den Termin versäumt habe, sondern auch §. 335. in Verbindung mit 338., daß nur die in berathender Sitzung erlassenen Beschlüsse, sowie die in der betreffenden Verhandlung nicht verkündigten Verfügungen des Vorsitzenden oder eines beauftragten oder ersuchten Richters, nicht aber die Urtheile und Beschlüsse des erkennenden Gerichts den Parteien von Amtswegen zugestellt werden sollen, soweit nicht das Gesetzbuch eine Ausnahme macht. Und endlich beginnt nach §. 206. in dem Falle, wenn der Beginn einer Frist von einer Zustellung abhängig ist, mit letzterer der Lauf der Frist auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

Nach diesen Bestimmungen war es zunächst selbstverständlich, daß man den Lauf der Interpositionsfrist bei der Beschwerde über nicht verkündigte Entscheidungen in §. 794. erst von ihrer Zustellung an beginnen lassen konnte. Dagegen wäre es nach Maßgabe der §§. 327. und 337., wornach die Wirksamkeit der Verkündigung von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig ist, an sich zulässig gewesen, diese Frist in allen anderen Fällen mit der Verkündigung beginnen zu lassen. Indeß steht dem das erhebliche Bedenken im Wege, daß die Verkündigung des Urtheils in der mündlichen Verhandlung auf die Urtheilsformel beschränkt werden darf und aus naheliegenden Gründen in der Regel beschränkt sein wird, und daß daher die Parteien, auch wenn sie im Termine beide erschienen waren, zu Fassung der Entschließung,

ob die Einlegung eines Rechtsmittels in ihrem Interesse sei, noch nicht das vollständige Material erhalten. Unter solchen Umständen war es gewiß zweckmäßig, wenn sowohl der Hannöversche Entwurf (§§. 571. 602. und 613.), als der Preußische Entwurf (§§. 620. und 146.) die Interpositionsfrist für beide Parteien, gleichviel ob eine derselben ausgeblieben war oder nicht, nicht mit der Verkündigung des Urtheils, sondern mit dem Tage beginnen ließen, an welchem die eine Partei der anderen das Urtheil hat zustellen lassen. Allerdings bleibt nach dieser Bestimmung der Beginn der Nothfrist der Willkür der Parteien überlassen. Indeß ist diese Erweiterung des Rechts der Parteien, den Proceß zu betreiben, da die Zustellung unter der Controle des Gerichts steht, völlig unbedenklich, die allgemeine Anordnung aber, daß die verkündigten Urtheile und Beschlüsse des erkennenden Gerichts den Parteien von diesen von Amtswegen zuzustellen seien, aus dem Grunde wenig empfehlenswerth, weil durch eine solche Anordnung, zumal in Fällen, wo mehrere Streitgenossen vorhanden sind, das Schreibwerk bei den Gerichten und der Kostenbetrag für die Parteien unnütz vermehrt werden würde. Nichtsdestoweniger hat die Commission den auf Grund dieser Erwägungen S. 1493. der Protocolle gefaßten Beschluß, daß die Interpositionsfrist erst mit der den Parteien selbst überlassenen Zustellung des Urtheils zu laufen beginne, S. 1509. in Verbindung mit 1579. und 1616. dahin abgeändert, daß diese Frist schon mit der Verkündigung ihren Anfang nehmen solle, später aber insofern eine Modification dieses Beschlusses eintreten lassen, als hiervon nach §§. 748. 811. 837. Abs. 2. und 856. dann eine Ausnahme eintreten und die Interpositionsfrist erst mit der den Parteien überlassenen Zustellung des Urtheils beginnen soll, wenn eine der beiden Parteien in der mündlichen Verhandlung ausgeblieben ist. Nach meinem Dafürhalten ist dieser von der Commission eingeschlagene Mittelweg, ganz abgesehen davon, daß er mit den Bestimmungen in §. 327. im Widerspruche steht, schon aus dem oben angegebenen Grunde wenig empfehlenswerth, weil die Verkündigung des Urtheils, wenigstens in allen denjenigen Fällen, in welchen dieselbe auf die Vorlesung der Urtheilsformel beschränkt blieb, zur definitiven Fassung einer Entschließung über die Zweckmäßigkeit der Einwendung eines Rechtsmittels nicht ausreicht und daher nur auf eine Verkümmerung der zu diesem Zwecke für nothwendig erachteten

Nothfrist hinausläuft, und möchte ich mich daher mit Plathner[64]) für das Zurückgehen auf den von der Commission selbst S. 1493. der Protocolle gefaßten Beschluß, daß der Lauf der Nothfristen in allen Fällen gleichmäßig mit der Zustellung des Urtheils oder Beschlusses beginnen solle, also für das Festhalten an den Bestimmungen des Hannöverschen und Preußischen Entwurfes dringend verwenden.

Endlich ist die in §. 812. des Entwurfes vorgeschlagene Einführung eines vom Nichtigkeitskläger, sofern ihm nicht das Armenrecht bewilligt worden ist, vor Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde zu hinterlegenden Succumbenzgeldes von 100 Thlrn., zu dessen Zahlung derselbe nach §. 825. nicht blos in dem Falle, wenn er sich eines Mißbrauchs der Nichtigkeitsbeschwerde schuldig gemacht hat, sondern überhaupt im Falle der Zurückweisung derselben verurtheilt werden soll, in keiner Weise zu billigen. Schon bei den Römern war die in älterer Zeit bei der Appellation eingeführte Hinterlegung einer Caution für den Fall des Unterliegens in der L. 6. Cod. de appellationibus VII, 62. in Wegfall gebracht und nur die nachträgliche Bestrafung des muthwilligen Appellirens angeordnet worden. Auch dem gemeinen deutschen Rechte ist dieses Succumbenzgeld unbekannt. Denn die in der Reichs-Kammergerichtsordnung von 1555 III, 53. §. 2. und im Jüngsten Reichsabschiede von 1654 §. 126. bei der Revision gegen reichskammergerichtliche Erkenntnisse geforderte Hinterlegung des durch das Rechtsmittel erwachsenden muthmaßlichen Sportelbetrags hat nur den Character der Sicherheitsleistung wegen dieses Sportelbetrags, nicht den Character einer Strafe, mit welcher die remedirende Partei, beziehentlich ihr Advocat nach dem letzteren Reichsgesetze nur dann, wenn die Temerität und der Muthwille zu groß, nachträglich belegt werden soll. Auch diejenigen Particulargesetzgebungen, nach denen früher die Einlegung nichtdevolutiver Surrogate der Appellation gegen Erkenntnisse durch die Bestimmung erschwert war, daß der Remedirende ein für den Fall der Erfolglosigkeit seines Rechtsmittels verfallendes Succumbenzgeld zu erlegen hat, sind davon in neuerer Zeit — vergl. das Sächsische Mandat vom 13. März 1822, das Preußische Gesetz vom 10. Mai 1851 §. 19. — auf Grund der gemachten Erfahrungen wieder

64) a. a. O. S. 49.

abgegangen, und ebenso haben die neuesten Gesetzgebungsarbeiten, obschon sie sich rücksichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde im Allgemeinen den Anschauungen des Französischen Rechts angeschlossen haben, von der Einführung des in Frankreich bei diesem Rechtsmittel eingeführten Succumbenzgeldes abgesehen, indem sie zwar nach Befinden den Mißbrauch desselben mit einer nachträglich aufzuerlegenden Ordnungsstrafe bedrohen (Hannöversche Proceßordnung §. 441.), nicht aber die Einlegung des Rechtsmittels von der vorausgegangenen Hinterlegung eines Succumbenzgeldes abhängig machen, obschon der Hannöversche Entwurf in §. 610. in einem Falle die landesgesetzliche Einführung eines Succumbenzgeldes gestatten zu müssen glaubte. Nur der Preußische Entwurf hat sich in dieser Beziehung in §§. 661. u. 678. dem Französischen Rechte angeschlossen, deshalb aber von allen Seiten her entschiedene Mißbilligung erfahren.

Die Gründe, welche zur Rechtfertigung der Einführung dieses Succumbenzgeldes sowohl in den Motiven zum Preußischen Entwurfe S. 166 fg., als bei der Commissionsberathung S. 1580. der Protocolle angeführt worden sind, erscheinen wenig stichhaltig. Wohl mag zugegeben werden, daß eine möglichste Entlastung des höchsten Gerichts überaus wünschenswerth erscheint, und daß die Einlegung grundloser Nichtigkeitsbeschwerden wegen der damit verbundenen Kosten und Weiterungen Nachtheile hervorruft, gegen welche weder die Einführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des zweitinstanzlichen Erkenntnisses, noch die Nothwendigkeit der Zuziehung eines Rechtsanwalts hinreichenden Schutz gewährt. Auch wird man der Beschränkung der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde auf größere Sachen schwerlich das Wort reden können. Ebensowenig kann die Wirksamkeit des in Aussicht genommenen Mittels, der Ueberbürdung des höchsten Gerichts vorzubeugen, irgendwie bezweifelt werden, da sich die Parteien, wenn sie vor der Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde einen im Falle des Unterliegens verloren gehenden Betrag von 100 Thalern hinterlegen müssen, zum Gebrauche dieses Rechtsmittels nur in solchen Fällen entschließen werden, wo sie auf einen günstigen Erfolg desselben mit einiger Bestimmtheit rechnen zu dürfen glauben; und in diesem Sinne hat sich, wie in der Commission S. 1580. der Protocolle geltend gemacht worden ist, die Einführung des Succumbenzgeldes in Frankreich zur Unterdrückung frivoler Nichtigkeitsbeschwerden

und zur Verminderung ihrer Zahl in der That vollkommen bewährt.

Allein zur Rechtfertigung der Einführung des gedachten Mittels reicht dies Alles aus dem Grunde nicht aus, weil durch daſſelbe anderſeits das gute Recht erheblich gefährdet wird, den mit dem Mißbrauche der Nichtigkeitsbeſchwerde verbundenen Nachtheilen aber auf anderem Wege mit Erfolg vorgebeugt werden kann.

Selbſtverſtändlich kann der Gebrauch eines möglicher Weiſe nothwendigen oder doch nützlichen und deshalb geſetzlich geſtatteten Rechtsmittels, und zwar auch dann, wenn demſelben nach Anſicht des darüber cognoscirenden Gerichts keine Folge zu geben iſt, nicht an ſich, ſondern nur dann ſtrafbar ſein, wenn der remedirenden Partei dabei eine Muthwilligkeit oder doch ein Verſchulden zur Laſt fällt, die Partei alſo das Recht zu remediren abſichtlich oder doch fahrläſſiger Weiſe gemißbraucht hat. Die vielleicht nur auf einem Mehrheitsbeſchluſſe des erkennenden Gerichts beruhende Erfolgloſigkeit des Rechtsmittels allein liefert dafür, daß ein ſolcher Mißbrauch ſtattgefunden habe und daß der remedirenden Partei aus der Einwendung des Rechtsmittels ein Vorwurf zu machen ſei, noch keinen Beleg. Hiernach erſcheint eine Beſtimmung, nach welcher die Erfolgloſigkeit einer an ſich berechtigten Proceßhandlung mit Strafe bedroht iſt, ſchon aus dem Grunde als verwerflich, weil ſich die Parteien, zumal bei geringerem Streitobjecte, welches mit der Höhe der angedrohten Strafe in keinem Verhältniß ſteht, von der Vornahme dieſer Handlung bei der immerhin vorhandenen Unſicherheit ihres Erfolgs leicht auch in ſolchen Fällen abſchrecken laſſen können, wo auf einen ſolchen Erfolg wirklich zu rechnen ſein würde, alſo zur Vornahme der Handlung, weil es ſich z. B. um Entſcheidung einer controverſen Rechtsfrage handelt, hinreichende Veranlaſſung geboten iſt. Noch bedenklicher muß es aber erſcheinen, wenn nicht blos die Erfolgloſigkeit der Handlung mit einer nachträglich aufzuerlegenden Strafe bedroht, ſondern ſchon die Zulaſſung zu derſelben durch das Erfordern der vorhergegangenen Hinterlegung des Betrags dieſer Strafe erſchwert iſt, deſſen rechtzeitige Beſchaffung auch ſolchen Perſonen, welche nicht in der Lage ſind, um das Armenrecht zu bitten, möglicher Weiſe ſchwer fallen kann.

Unter solchen Umständen wird es zwar als vollkommen gerechtfertigt bezeichnet werden müssen, wenn der Preußische Entwurf in §. 661. die Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde, abgesehen von dem Falle, wo der Nichtigkeitskläger das Armenrecht erlangt hat, von der vorausgegangenen Sicherheitsleistung wegen der durch das Rechtsmittel verursachten Unkosten abhängig macht, wenn schon der dort vorgeschlagene Betrag von 50 Thalern etwas hoch gegriffen erscheint, hingegen die vorherige Hinterlegung einer im Falle der Erfolglosigkeit des Rechtsmittels verfallenden Strafe als mit den Grundsätzen einer gesunden Gesetzespolitik unvereinbar nicht gefordert werden dürfen, vielmehr zur möglichsten Entlastung des höchsten Gerichts und zur Unterdrückung der muthwilligen oder doch leichtsinnigen Einlegung von Nichtigkeitsbeschwerden die Bestimmung genügen, daß der Nichtigkeitskläger, ganz abgesehen von seiner auf allgemeinen Grundsätzen beruhenden Verpflichtung, im Falle der Erfolglosigkeit seines Rechtsmittels die durch dasselbe erwachsenen Proceßkosten zu tragen, in allen solchen Fällen, wo er zur Einlegung des Rechtsmittels keine nach Ermessen des höchsten Gerichts irgendwie erheblichen Gründe gehabt hat, ohne Unterschied, ob er das Armenrecht erlangt hat oder nicht, mit einer Ordnungsstrafe von 100 Thalern zu belegen sei.

§. 30.
Schlußbemerkung.

Auf Grund der im Vorstehenden angestellten Erörterungen gelange ich, ungeachtet mannigfacher zum Theil sehr erheblicher Ausstellungen, welche ich gegen den Entwurf in einzelnen Beziehungen erheben zu müssen glaubte, zu dem Gesammtergebnisse:

daß der Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, soweit derselbe gegenwärtig in erster Lesung vorliegt, den Anforderungen der Jetztzeit an eine gute Civilproceßgesetzgebung sowohl in seinen Grundprincipien, als in der Durchführung derselben im Allgemeinen entspricht und daher zu einer Ablehnung dieses Entwurfes keine Veranlassung vorhanden ist.

Werden, wie sich wohl voraussetzen läßt und nicht dringend genug empfohlen werden kann, bei der zweiten Lesung des Ent-

wurfes einige bewährte Rechtsanwälte zugezogen und hierzu nicht blos in Berlin wohnhafte, sondern auch mit dem in anderen Bundesgebieten bestehenden, namentlich mit dem Rheinpreußischen und Hannöverschen Civilproceßverfahren hinreichend vertraute Personen ausgewählt — eine Maßnahme, an deren Durchführbarkeit, da es sich nur um die voraussichtlich einen verhältnißmäßig kurzen Zeitraum in Anspruch nehmende zweite Lesung handelt, trotz der damit für die betreffenden Rechtsanwälte verbundenen Opfer nicht zu zweifeln sein möchte —, so wird man sich mit gutem Grunde der Hoffnung hingeben dürfen, daß das mit einem beträchtlichen Aufwande an Zeit und Arbeitskraft vorbereitete nationale Werk den Wünschen und Erwartungen der juristischen und nichtjuristischen Bevölkerung nach allen Seiten hin entsprechen und dem Vaterlande zum Segen gereichen werde.

Inhaltsverzeichniß.

		Seite
Vorwort.		193
§. 1.	Allgemeine Bemerkungen.	196
	Redaction, Terminologie, Anordnung.	196
	Charakteristik im Allgemeinen.	198
§. 2.	Gerichtsverfassung.	198
	Einheitliche Regelung derselben.	198
	Oberster Bundesgerichtshof.	199
	Besetzung der Obergerichte in handelsrechtlichen Streitigkeiten.	201
	Unterordnung der Amtsgerichte unter die Handelsgerichte.	202
§. 3.	Zuständigkeit der Landgerichte, der Amtsgerichte und der Handelsgerichte.	202
	Handelsrechtliche Streitigkeiten.	202
	Streitigkeiten zwischen Miether und Vermiether.	203. 204
	Schwängerungssachen.	203
	Streitigkeiten aus einem Viehhandel.	203
	Geringfügige Rechtsstreitigkeiten.	205
§. 4.	Prorogation.	207
§. 5.	Gerichtsstände.	212
	allgemeiner	212
	dinglicher	212
	des Vertrags	213
	der unerlaubten Handlungen	213
	der Widerklage	214
	des Zusammenhanges der Rechtssachen	219
	des Arrests	220
§. 6.	Proceßbevollmächtigte und Beistände.	220
	Anwaltszwang	220
	Bewilligung des Armenrechts	224
§. 7.	Princip der Oeffentlichkeit.	225
§. 8.	Princip der Mündlichkeit.	226
	Altpreußisches Verfahren	227
	Französisch-Rheinisches Verfahren	237
	Ausschließung des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung	240
§. 9.	Verhandlungsprincip.	241
	Princip der freien Beweiswürdigung	242
	Staatsanwaltschaft	244

Seite

§. 10. Eventualprincip. 244
Proceßhindernde Einreden. 252
§. 11. Klage. Voraussetzungen und Zweck derselben. 258
§. 12. Inhalt der Klage. 263
§. 13. Schriftliches Vorverfahren. 289
§. 14. Princip der Beweisverbindung. 295
§. 15. Versäumnißurtheil. 300
Einspruch. 308
§. 16. Beweisaufnahme und Schlußverhandlung. 305
Beweisbescheid. 305
§. 17. Beweismittel. Augenschein. 307
§. 18. Fortsetzung. Zeugen. 308
Promissorischer Zeugeneid. 309
§. 19. Fortsetzung. Sachverständige. 313
§. 20. Fortsetzung. Urkunden. 317
Edition. 318
Editionseid. 321
§. 21. Fortsetzung. Eid. 322
Eideszuschiebung über fremde Handlungen und Wahrnehmungen. 322
Verbot der eventuellen Cumulation der Eideszuschiebung mit anderen Beweismitteln. 333
Eidesabnahme. 337
§. 22. Beweis zum ewigen Gedächtniß. 337
§. 23. Verfahren vor den Handels- und Amtsgerichten. . . 339
§. 24. Urkunden- und Wechselproceß. 344
Wechselproceß. 347
§. 25. Arrestproceß. 348
§. 26. Einstweilige Anordnungen. 349
§. 27. Rechnungssachen, Auseinandersetzungen ꝛc. 350
§. 28. Mahnverfahren. 352
§. 29. Rechtsmittel. 353
Ausschließung der Berufung in ganz geringen Rechtsstreitigkeiten. 353
Beginn des Laufes der Nothfristen. 355
Succumbenzgeld. 358
§. 30. Schlußbemerkung. 361

Präjudizien.

90.

So lange Seitens des Bestellers die Billigung des Werkes oder der Sache nicht erfolgt ist, sind auch dessen Ansprüche auf Verbesserung oder auf Schadenersatz nicht ausgeschlossen. — Thatsächliche Billigung? (Zu §. 1250. verb. mit §§. 1247. 863. 918. 246. des bürgerl. Gesetzbuchs.)

„Die Vorschriften der Art. 347. und 348. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs sind bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nicht anzuwenden, weil die Forderung der Klägerin nicht auf einem Kaufe über Waaren, sondern auf einem Verdingungsvertrage beruht, für welchen im Allgemeinen die Vorschriften des bürgerl. Gesetzbuchs über diesen letzteren Vertrag maßgebend sind. Die Klägerin hat dies auch selbst noch in ihrer gegenwärtigen Deduction anerkannt. Allein die Folgerung, welche sie daraus zieht, daß die Beklagten sich sofort beim Empfange der von dem Cridar Lauckner ihnen gelieferten Gespinnste über die behauptete Fehlerhaftigkeit der Arbeit hätten aussprechen müssen, ist nicht richtig. Das bürgerl. Gesetzbuch enthält eine solche Vorschrift oder die Bestimmung einer Frist, binnen welcher der Besteller sich über die Billigung des Werkes oder der Sache zu erklären hätte, nicht, sondern es schreibt der §. 1250. nur vor, daß der Besteller, wenn er nach Ausführung der Bestellung das Werk oder die Sache ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere durch deren Annahme oder durch Entrichtung der Gegenleistung, gebilligt habe, blos noch wegen solcher Mängel gegen den Uebernehmer Anspruch erheben kann, welche ihm bei der Billigung verborgen geblieben sind. So lange daher die Billigung noch nicht erfolgt ist, sind auch die Ansprüche des Bestellers auf Verbesserung oder Schadenersatz, von denen der §. 1247. handelt, nicht ausgeschlossen, und das Unterlassen

einer sofort bei der Ablieferung zu bewirkenden Prüfung würde daher nach §. 863. nur die Folge haben, daß der Besteller wegen vorbehaltloser Annahme der Leistung seinerseits den Beweis der mangelhaften oder unvollständigen Leistung zu führen hätte. Die bloße Abnahme der dem Besteller von auswärts übersendeten Sache kann nicht als eine thatsächliche Billigung der letzteren und insbesondere nicht als eine Annahme im Sinne des §. 1250. betrachtet werden. Eine solche ist nur dann vorhanden, wenn der Besteller die Sache unter Verhältnissen in Empfang nimmt und an sich behält, aus denen sich der Wille, den Vertrag für gehörig erfüllt zu erachten, gegen den Uebernehmer zu erkennen giebt. Dem Besteller muß nothwendigerweise die Füglichkeit, sich von der Beschaffenheit des gelieferten Werkes oder der gelieferten Sache zu überzeugen, geboten gewesen sein, bevor von einer thatsächlichen Billigung durch Annahme des Werkes oder der Sache die Rede sein kann, und diese Füglichkeit konnten sich die Beklagten, welche die jetzt in Frage stehenden beiden letzten Sendungen nach Bl. — durch ein Frachtgeschirr erhielten, nur dadurch verschaffen, daß sie dem Frachtführer diese Sendungen abnahmen, nicht zu gedenken, daß dieselben hierbei von der Voraussetzung ausgehen durften, daß der Uebernehmer seine Leistung vertragsmäßig und nicht mangelhaft ausgeführt haben werde.

Hiernach kann auch die Ausstellung, welche die Beklagten besage der Klagbeifuge H. Bl. — am 9. Juli 1869, also sechs Tage nach Ablieferung der letzten, aus der nach dem Briefe sub D. vom 30. Mai 1866 Bl. — dem Cridar zugesendeten Partie Wolle gefertigten Garne erhoben haben, und der damit verbundene Vorbehalt nicht für verspätet angesehen, und es darf darin, daß beides nicht schon früher geschehen ist, eine thatsächliche Billigung nicht gefunden werden.

Ebensowenig steht der Schlüssigkeit der zum Beweise ausgesetzten Ausflucht der nach Bl. — von den Beklagten vorgenommene Verkauf der fraglichen beiden Posten entgegen. Zwar wird man sich dabei weder auf die Bestimmungen in Art. 347. des Handelsgesetzbuchs, noch auf die Vorschriften in §. 918. des bürgerl. Gesetzbuchs zu beziehen haben, weil beide nur die Haftverbindlichkeit des Veräußerers bei der Veräußerung und namentlich bei dem Verkaufe von Sachen und Waaren betreffen. Vielmehr liegt der Grund, weshalb die Beklagten als Besteller die ihnen vom Uebernehmer abgelieferten Garne verkaufen konnten, ohne dadurch ihren Anspruch auf Schadenersatz zu verlieren, darin, daß sie Eigenthümer des dem Gemeinschuldner zur Verarbeitung gegebenen Stoffes und nach §. 246. des bürg. Gesetzbuchs

vergl. Siebenhaar's Commentar, Bd. I. S. 256. 257. ed. II.

der daraus für sie und in ihrem Auftrage durch Umbildung (wenn man eine solche hier annehmen will) entstandenen Sache waren und über dieselbe nach Belieben verfügen konnten, die Mangelhaftigkeit in

der Ausführung des Werkes oder der Sache aber beim Verdingungsvertrage, dem Wesen dieses Vertrages zufolge, nach §. 1247. des bürgerl. Gesetzbuchs nicht eine Verbindlichkeit der Contrahenten zur Zurücknahme und Zurückgabe der gelieferten Sache oder des gelieferten Werkes, sondern einen elective Anspruch des Bestellers auf Verbesserung oder auf Schadenersatz, und in den, im zweiten Absatze des §. 1247. gedachten Fällen, das Recht des Bestellers, vom Vertrage abzugehen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu fordern, begründet. In dieser Beziehung ist den Beklagten bereits in den Rationen Bl. — angedeutet worden, wie sie ihren Schädenanspruch auszuführen und worauf sie denselben zu beschränken haben werden."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Gläubigerschaft in Lauckner's Schuldenw. ÷ die Inhaber der Firma „Rubens u. Tenbaum", vom 16. Nov. 1869. — Ger.-Amt Crimmitzschau.)

91.

Unschlüssigkeit der wider die Ehefrau erhobenen Klage auf Rechnungsablegung, wenn sie hinsichtlich des Endpunktes den Zeitraum, auf welchen Rechnungslegung gefordert wird, nicht bestimmt erkennen läßt und die Thätigkeit der Ehefrau in Dienstleistungen zur Förderung des Hauswesens und des Gewerbes des Ehemannes (operae domesticae) bestanden hat.

„Das Oberappellationsgericht hat, die Klage gegen die Beklagte mit den vorigen Instanzen wenigstens theilweise aufrecht zu erhalten, Bedenken getragen. Der Verurtheilung Beklagter zur Rechnungsablegung „auf die Zeit vom 29. August 1865 bis zum Schlusse des Jahres 1866" (Bl. —) aus den Gründen der vorigen Instanzen steht nämlich entgegen, daß nach Bl. — der Krankheitszustand Klägers, welcher Beklagter Pflicht zur Rechnungsablegung rechtfertigen soll, nicht bis zum Schlusse des Jahres 1866, sondern nur „bis gegen Ende des Jahres 1866" andauernd bezeichnet und ebendaselbst ausdrücklich bemerkt wird, daß Kläger „nach Wiedererlangung seiner Gesundheit noch im Jahre 1866" Rechnungsablegung von Beklagter und dem früheren Mitbeklagten gefordert habe. Es könnte also die Condemnatoria in dem Sinne der vorigen Instanzen nicht auf die Zeit vom 29. August 1865 bis zum Schlusse des Jahres 1866, sondern nur auf einen kürzeren, jedoch nach der Klage hinsichtlich des Endpunktes nicht zu präcisirenden Zeitraum erfolgen. Zu versuchen aber, ob Kläger in einem etwa zu erkennenden Beweise im Stande sein werde, diese Unbestimmtheit zu heben, erscheint nicht angezeigt, weil der Statthaftigkeit der Klage auch noch Folgendes nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz entgegensteht. Nach der Klagdarstellung Bl. — erscheint nämlich der frühere Mit-

beklagte (Klägers Bruder) als diejenige Person, welche bei der Führung von Klägers Wirthschaft an erster Stelle thätig war, insbesondere auch allein „die außenstehenden Forderungen Klägers bei dritten Personen" eingehoben haben soll, wogegen der Beklagten nur eine Betheiligung bei der Führung der Gastwirthschaft, bei Einnahme der dabei eingehenden Gelder und bei Verwendung der „solcher Gestalt eingenommenen Gelder" beigemessen wird. Eine solche Thätigkeit der Ehefrau eines Gastwirths gehört aber an sich dem Gebiete der operae domesticae an, worüber der Ehefrau ihrem Ehemanne, vor dessen Augen dies Alles vorgegangen, nach Jahren Rechnung zu legen ohne besondere Gründe ebensowenig angesonnen werden kann, als dem Inhaber eines Detailgeschäftes in der Regel gestattet werden könnte, von seinen Commis und Lehrlingen über die mehr oder weniger unter seinen, des Prinzipals, Augen gemachten Detailgeschäfte, Rechnungslegung zu fordern. Solche besondere Gründe aber in Klägers Gesundheitszustand, soweit solcher in der Klage beschrieben, zu erblicken, erscheint dem Oberappellationsgerichte um so bedenklicher, als Kläger selbst betont, daß er gerade in der fraglichen Zeit „das Schlachten des Viehes zum Verkaufe" und „das Fertigen von Wurst" allein besorgt habe, also jener Zustand offenbar kein solcher war, welcher ihn an einer Beobachtung der Wirthschaftsführung Seiten seiner Leute, beziehentlich an der Treffung solcher Anordnungen hätte verhindern können, die Anlaß zu einer in der Regel nicht vorliegenden Verpflichtung, zur Rechnungslegung sich bereit zu halten, zu geben geeignet waren."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Eisold's ÷ gesch. Eisoldin, vom 18. Nov. 1869.*) — Ger.-Amt Radeberg.)

92.

Zur Lehre vom Wesen der Grunddienstbarkeit (zu §§. 535. bis 539. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Das Wesen der Grunddienstbarkeit besteht, wie schon die aus den §§. 535—539. des bürgerl. Gesetzbuchs sich ergebende, übrigens mit den der Natur der Sache entsprechenden Grundsätzen im Einklange stehende Begriffsbestimmung erkennen läßt, darin, daß das dienende Grundstück mit Rücksicht auf seine natürlichen Eigenschaften dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks in dieser seiner Qualität in Bezug auf eine Benutzungsart unterworfen wird, welche dem herrschenden Grundstücke als solchem (als einem individuell erkennbaren Theile vom Grund und Boden) directen materiellen Nutzen verschafft, mag letzterer in besserer oder leichterer Bewirthschaftung oder auch nur in Erhöhung der Annehmlichkeiten des

*) In IV. Instanz bestätigt durch Urthel vom 5. Februar 1870.

Grundstücks bestehen. Die durch die Grunddienstbarkeit getroffenen natürlichen nutzbaren Eigenschaften des dienenden Grundstücks werden gleichsam eine Eigenschaft des herrschenden Grundstücks, durch welche das Eigenthum des herrschenden Grundstücks erweitert, das des dienenden Grundstücks beschränkt erscheint.

Vergl. Siebenhaar, Commentar ꝛc. (2te Aufl.) Bd. I. §. 520. S. 428. und §. 535. S. 436.

Wendet man diese Sätze auf die bei dem gegenwärtigen Streitverhältnisse in Betracht kommenden thatsächlichen Umstände an, wie solche Kläger in der Klage dargestellt und Beklagter deren Angabe Bl. — von seinem Standpunkte aus vervollständigt hat, so erhellt, daß bezüglich der vom Beklagten in Anspruch genommenen Befugniß in keinem Falle von einer Grunddienstbarkeit die Rede sein kann. Die Ziehung einer Mauer, wie dieselbe nach Einverständniß der Parteien beim — Einlassungspunkte über einen Theil der in der Klage näher bezeichneten, im Eigenthume des Schullehns zu Großopitz befindlichen Grundstücksparcelle stattgefunden hat, kann niemals als eine Verfügung angesehen werden, welche dem das Nachbargrundstück bildenden, in der Klage und deren Beifuge ebenfalls näher bezeichneten, im Eigenthume des Schullehns befindlichen Grund und Boden directen materiellen Nutzen brächte; es wird eine derartige Vorkehrung nur als eine in Bezug auf die Sicherung und Erleichterung der Bewirthschaftung des Nachbargrundstückes dem Eigenthümer des letztern persönlich zu Gute kommende Maßnahme, nicht aber als eine im Interesse dieses Grundstücks bestehende Einrichtung sich darstellen. Es erhellt dies für den vorliegenden Fall auch speciell aus der Bl. — nachträglich noch (in zweiter Instanz) Seiten Beklagtens bewirkten Angabe des Zweckes der fraglichen Mauer. Soweit also Beklagter versucht hat, eine Berechtigung zur Aufrichtung der Mauer daraus herzuleiten, daß dieselbe bereits seit rechtsverwährter Zeit bestanden habe, erscheint dieser Versuch schon um deswillen wirkungslos, weil es sich nicht um eine Berechtigung handelt, welche durch Ersitzung hätte erworben werden können. Denn es bliebe, da, wie gezeigt wurde, das in Anspruch genommene Befugniß auf eine Grunddienstbarkeit nicht zurückgeführt werden kann, nur übrig, dasselbe als auf ein persönliches Vertragsverhältniß oder auf eine persönliche Dienstbarkeit gegründet zu erachten.

Daß bezüglich der Begründung eines Vertragsverhältnisses auf Verjährung nicht Bezug genommen werden kann, bedarf kaum der Erwähnung, aber auch die Begründung der fraglichen Berechtigung mit Hinsicht auf eine persönliche Dienstbarkeit — welche nach Umständen ein derartiges Befugniß in sich enthalten könnte — ist mit Erfolg auf Ersitzung nicht zurückzuführen, da eine solche Ersitzung bei der besonderen Natur der persönlichen Dienstbarkeiten in der Person Beklagtens, welcher sich auf das fragliche Befugniß stützt, begon-

nen haben und zu Ende geführt worden sein müßte, Beklagter aber, seiner eigenen Darstellung Bl. — zufolge, das Eigenthum an dem bei Benutzung der betreffenden Mauer in Betracht kommenden Nachbargrundstücke erst zu Pfingsten 1843 erworben hat, mithin erst seit dieser Zeit in die Lage gekommen sein könnte, sich jener Einrichtung zu bedienen, während bereits durch das Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher 2c. betr., vom 6. Nov. 1843. §. 16. unter 7. verbunden mit §. 3.

vergl. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 6. S. 103. 116. 125.

der auch im bürgerl. Gesetzbuche §. 647. zum Ausdrucke gelangte Grundsatz Geltung erlangt hat, daß persönliche Dienstbarkeiten durch Ersitzung nicht erworben werden können. Es braucht daher gegenwärtig auf die in dem früher in Sachsen hierunter in Geltung befindlich gewesenen gemeinen Rechte nicht unbestrittene Frage: ob überhaupt bei persönlichen Dienstbarkeiten sich Ersitzung denken lasse, nicht weiter eingegangen zu werden.

Wenn sich nun endlich auch Beklagter darauf, daß hinsichtlich des fraglichen Befugnisses eine vertragsmäßige Einräumung stattgefunden habe, nicht bezogen, vielmehr Bl. — zugestanden hat, daß es gegenwärtig nicht mehr erweislich sei, wie die Errichtung der Mauer auf dem Grund und Boden des Schullehns in Folge Vertrags geschehen sei, so ist auch nach Ansicht des Oberappellationsgerichts auf das von voriger Instanz beachtete ausflucht sweise Vorbringen Beklagtens rechtliches Gewicht nicht zu legen gewesen.

Demgemäß hatte man gegenwärtig, in Beachtung der Berufung Klägers Bl. —, zur Wiederherstellung der Entscheidung der ersten Instanz zu gelangen." 2c.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen des Actors des Schullehens zu Großopitz ÷ Sachse, vom 18. Nov. 1869. — Ger.-Amt Tharandt.)

93.

Zur Lehre vom Vorkaufsrechte mit besonderer Rücksicht auf den Fall, wenn ein solches im Kaufvertrage „der Herrschaft" reservirt war.

„Die thatsächlichen Unterlagen, auf welche Kläger ihre Berechtigung, die vom Beklagten beabsichtigten Grundstücksabtrennungen zu verhindern, stützen wollen, können zu diesem Zwecke für ausreichend nicht erachtet werden. Kläger berufen sich auf ein ihnen an dem bei diesen Grundstücksabtrennungen in Frage kommenden, zu Kottmarsdorf gelegenen Grundstücke Beklagtens angeblich zustehendes Vorkaufsrecht. Sie leiten dieses Recht aus dem Bl. — unter B. ihrer Klage abschriftlich beigelegten, unterm 29. April 1817 zwischen zwei Vorbesitzern des betreffenden Grundstücks mit Genehmigung und Bestätigung des damaligen Erb-Lehn- und Gerichtsherrn auf Kottmarsdorf

abgeschlossenen Kaufvertrage und daraus her, daß mit Bezugnahme auf diesen Vertrag nach Inhalt des die Klagbeifuge unter A. Bl. — bildenden Auszugs aus dem Grund- und Hypothekenbuche für Kottmarsdorf auf dem, Beklagtens Grundstück betreffenden Folium in zweiter Rubrik der Bl. — zu lesende, das Vorkaufsrecht betreffende Eintrag bewirkt worden ist. Hiernach muß man annehmen, daß die Kläger sich wegen des prätendirten Vorkaufsrechts auf eine vertragsmäßige Bestellung gründen; ihre neuesten Herauslassungen Bl. — bestätigen überdies diese Annahme ausdrücklich. Nun ist aber zu bemerken, daß sowohl nach dem Wortlaute des gedachten Eintrags im Grund- und Hypothekenbuche, wie zufolge der die Festsetzung des Vorkaufsrechtes ausdrückenden Vertragsbestimmung (unter III. Bl. —) es keineswegs die Person der jetzigen Kläger ist, für welche jenes Recht vereinbart worden ist, ja daß überhaupt eine bestimmte physische Person nicht benannt ist, welcher diese Berechtigung eingeräumt worden wäre. Das fragliche Recht ist eben nur, wie die einschlagende Vertragsbestimmung besagt, unter die dem obengedachten Kaufvertrage einverleibten „herrschaftlichen Bedingungen" in der Weise aufgenommen worden, daß

„die Herrschaft" jedesmal sich den Vorkauf, für Das, was ein Fremder allenthalben mittelst Eides erweislich giebt, reservirt hat.

Wollte man nun selbst hier mit Rücksicht auf den Eingang und Schluß der Vertragsausfertigung Bl. — ohne Weiteres unter „der Herrschaft" den damaligen Eigenthümer des Rittergutes Kottmarsdorf, also den an diesen Actenstellen genannten Johann Christian Rudolph verstehen, so würde hieraus an sich noch keineswegs folgen, daß nun auch die jetzigen Kläger das für Jenen bedungene Recht geltend zu machen berechtigt seien. Besondere faetische Momente, aus welchen hervorginge, daß Kläger in der hier fraglichen Beziehung als Rechtsnachfolger jenes Johann Christian Rudolph zu gelten hätten, gehen aus dem bisher betrachteten Sachverhältnisse nicht hervor; zu vermuthen aber sind, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, derartige Umstände nicht.

Wollte man dagegen annehmen, es habe mit der Bezeichnung „der Herrschaft" der jedesmalige Eigenthümer des Rittergutes Kottmarsdorf verstanden werden sollen, so könnten immerhin aus diesem Umstande allein die Kläger als gegenwärtige Eigenthümer dieses Rittergutes für sich eine Berechtigung noch nicht herleiten, denn auch auf die vertragsmäßige Bestellung des Vorkaufsrechtes, soweit dasselbe nur auf den Vertrag gestützt werden soll, leiden die allgemeinen Grundsätze Anwendung, wornach für unbestimmte künftige Personen Rechte nicht bedungen werden können.

Es entsteht somit nur noch die Frage: ob aus dem zugleich von den Klägern noch in Bezug genommenen weiteren Umstande, daß das Vorkaufsrecht, wie oben erwähnt, im Grund- und Hypothekenbuche auf dem Folium des angeblich diesem Rechte unterworfenen Grundstücks und zwar in der zweiten Rubrik so, wie Bl. — zu lesen, zum

Eintrage gelangt ist, für Kläger als die jetzigen Eigenthümer des Rittergutes Kottmarsdorf — eine Eigenschaft, welche dieselben unter Zugeständniß Beklagtens (Bl. —) im Eingange der Klage sich beigelegt haben — eine günstigere Sachlage, insbesondere das Befugniß, die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes für sich zu beanspruchen, folge.

Auch diese Frage muß, wie die Sache vorliegt, nach Ansicht des Oberappellationsgerichts verneint werden.

Schon nach den Bestimmungen des älteren Sächsischen Rechtes,

Curtius, Handbuch ꝛc. (neueste Ausg.), §. 1415.

wie nach den im

Gesetze, die Grund- u. Hypothekenbücher betr., vom 6. Novbr. 1843, §. 16. al. 7 ff.

enthaltenen Bestimmungen begründet der Vertrag, vermöge dessen der Eigenthümer eines Grundstücks einer andern Person ein Vor- oder Wiederkaufsrecht an seinem Grundstücke eingeräumt hat, an sich nur eine persönliche Berechtigung und Verpflichtung zwischen den Paciscenten. Veräußert der Vorkaufspflichtige das betreffende Grundstück vertragswidrig, so kann der Vorkaufsberechtigte wenigstens Demjenigen gegenüber, welcher das Grundstück im guten Glauben erworben und dessen Uebergabe erlangt hat, oder, sofern die Bestimmungen des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843 in Anwendung zu gelangen haben, gegenüber Demjenigen, welcher das Grundstück im guten Glauben erworben hat und im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen worden ist, zur Ausübung des Vorkaufsrechtes nicht weiter gelangen.

Vgl. Siegmann, das Grund- und Hypothekenrecht, zu §. 16. S. 66 ff.

Im vorliegenden Falle erhellt aus der Klagbeifuge A. soviel, daß Beklagter als Eigenthümer des angeblich vorkaufspflichtigen Grundstücks im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist. Allein daß bezüglich der Erwerbungsart des Grundstücks oder sonst der Beklagte in einem solchen Verhältnisse stehe, daß ihm eine Wissenschaft von dem zwischen dem, nach Inhalt der Klagbeifuge unter B. gedachten Vorbesitzer und der „Herrschaft" zu Kottmarsdorf stipulirten Vorkaufsrechte beizulegen sei, für diesen nicht so schlechthin zu vermuthenden Umstand ist etwas Weiteres nicht geltend gemacht worden, als die bereits gedachte Eintragung des Vorkaufsrechts im Grund- und Hypothekenbuche. Ein derartiger Eintrag erscheint — wie er zufolge Bl. — im gegenwärtigen Falle auch formell bewirkt worden ist — als Dispositionsbeschränkung. Dadurch wird dem Vor- oder Wiederkaufsrechte zwar nicht die Natur eines dinglichen Rechtes verliehen, wohl aber hat sich dadurch die Grund- und Hypothekenbehörde behindert zu finden, eine dem eingetragenen Rechte zuwiderlaufende Veräußerung in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen, auch wird, im Hinblick auf den vorhandenen Eintrag, unter Umständen der Vorkaufsberechtigte allerdings unmittelbar gegen den dritten Erwerber mit Erfolg sein Recht geltend machen können. Es ist jedoch gegen-

wärtig, selbst mit Hülfe dieser Grundsätze, zu einem den Klägern günstigen Ergebnisse um deswillen nicht zu gelangen, weil nach Inhalt der von Ersteren selbst in Bezug genommenen Klagbeifuge A. (Bl. —) bereits unterm 28. April 1856 das dem Vorkaufsrechte angeblich unterworfene Grundstück zur nothwendigen Versteigerung gelangt ist und Beklagter auf Grund dieser nothwendigen Versteigerung — durch Eintritt in die Rechte des Erstehers — das Eigenthum an diesem Grundstücke erworben hat. Nach den Vorschriften im

Mandate, die Wirkungen der Vorkaufs- 2c. Rechte bei nothwendigen Subhastationen betr., vom 9. April 1827 (Ges.-Bl. S. 89.)

können überhaupt Vorkaufsrechte, sie mögen sich gründen, worauf sie wollen, bei nothwendigen Subhastationen nur unter Beobachtung des in diesem Gesetze vorgezeichneten ganz besonderen Verfahrens und nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, daß die Summe, um welche das Recht zur Ausübung kommen soll, im Voraus bestimmt ist und der Richter solches bestätigt hat. Ohne das Zusammentreffen dieser Erfordernisse ist die nothwendige Subhastation wegen des Vorkaufsrechtes nicht zu beanstanden, der Vorkaufsberechtigte darnach auch bezüglich seines Rechtes nicht weiter zu hören.

Haubold, Lehrbuch (neueste Ausg.) §. 218 b.

Heyne, Commentar 2c. S. 124.

Diese Bestimmungen des Mandats vom 9. April 1827 sind durch die spätere Gesetzgebung nur insofern modificirt worden, als an die Stelle der Bestätigung durch den Richter der Eintrag des Vor- oder Wiederkaufsrechtes als Dispositionsbeschränkung getreten ist und als die Frist, innerhalb welcher sich für den Fall nothwendiger Versteigerung vor derselben der Vorkaufsberechtigte wegen Ausübung seines Rechtes bei dessen Verlust zu erklären hat, von einer Sächsischen Frist auf eine Frist von 30 Tagen herabgesetzt worden ist.

Gesetz vom 6. Novbr. 1843 §. 6. und

Bürgerl. Gesetzbuch §. 1126.

Siebenhaar im Commentar zu diesem §.

Könnte man nun auch aus der Fassung des die Stipulation des oftgedachten Vorkaufsrechtes enthaltenden Vertrages im Eingange und am Schlusse Bl. — und — die richterliche Bestätigung des Vertrages in allen seinen Theilen und mithin auch in der das Vorkaufsrecht betreffenden Bestimmung finden, so würde doch schon um deswillen von einer ferneren Geltendmachung jenes Rechtes, nachdem die obengedachte nothwendige Subhastation stattgefunden, um deswillen nicht mehr die Rede sein können, weil auf die übrigen wesentlichen Erfordernisse hierzu, namentlich daß im Voraus ein fester Kaufpreis bestimmt worden, um welchen das Recht auszuüben wäre, Kläger sich zu stützen nicht vermocht haben.

Siegmann a. a. O. S. 69.

Der nach Bl. — in das Grund- und Hypothekenbuch unterm 15. Sept.

1849 aus dem Entwurfe übergegangene, das Vorkaufsrecht treffende Eintrag einer Dispositionsbeschränkung bezieht sich also auf ein Recht, welches in alle Wege in Folge der eingetretenen nothwendigen Versteigerung kraft gesetzlicher Vorschrift als wirkungslos angesehen werden muß, und es läßt sich kein Grund finden, auf welchen hin der Proceßrichter behindert sein sollte, durch die gegenwärtig zu ertheilende Entscheidung mit Rücksicht auf die Seiten des Beklagten bezüglich der Rechtsfrage Bl. — erhobenen Bedenken es auszusprechen, daß die zur Begründung der Klage geltend gemachten Unterlagen gerade so viel, daß das prätendirte Recht jedenfalls seine Wirkung verloren habe, erkennen lassen. Schon gegenüber dem Umstande, daß in Folge der im Grund- und Hypothekenbuche selbst verlautbarten nothwendigen Versteigerung das eingetragene Vorkaufsrecht kraft des Gesetzes wirkungslos werden mußte, können sich Kläger nicht auf die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches beziehen, um letztgedachten Eintrag noch für sich wirksam erscheinen zu lassen.

Man hatte hiernach in Beachtung des vom Beklagten ergriffenen Rechtsmittels und zwar auf Grund der 4. Beschwerde Bl. — und der Bl. — bewirkten Beschränkung dieser Beschwerde die Abweisung der Kläger in der angebrachten Maße auszusprechen, wobei nicht unerwähnt zu lassen ist, daß man — auch ohne die gedachte Beschränkung des 4. Gravamen — nicht zur Bestätigung der im Bescheide Bl. — „schlechterdings" ausgesprochenen Abweisung der Kläger hätte gelangen können, da die Möglichkeit, daß Kläger bis jetzt noch nicht vorgeführte thatsächliche und rechtliche Momente, sei es allein, sei es zugleich unter weiterer geeigneter Benutzung des schon vorhandenen Actenstoffes, zur Begründung ihrer Intention, die fragliche Grundstückszerschlagung zu hindern, geltend machen könnten, zur Zeit nicht gänzlich ausgeschlossen erscheint.

Unter diesen Umständen kann ein näheres Eingehen auf die Frage für jetzt unterbleiben, ob, wenn das Vorkaufsrecht an sich als wirksam angesehen werden könnte, die beabsichtigte Lostrennung einzelner Grundstückstheile vom Stammgute durch Veräußerung an Personen, welche als „Fremde" nicht angesehen werden können, den Vorkaufsberechtigten um deswillen einen Grund zum Widerspruche bieten könnte, weil in einer derartigen Zertrennung des dem Vorkaufsrechte unterworfenen Areals eine mit dem rechtlichen Interesse der Berechtigten unvereinbare Verfügung über das Object des Vorkaufs zu finden sein würde."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Gebr. Jeremias ÷ Ulbrich, vom 23. Novbr. 1869. — Ger.-Amt Löbau.)

94.

Zur Frage über die Auslegung von Verträgen.

„Beklagter hat von dem damaligen Inhaber der Firma Wilh. Rothe in Erfurt, Leopold Wilhelm Rothe, dem Ehemanne der Klägerin,

in der zweiten Hälfte des Jahres 1858 mehrere Quantitäten Schafwolle, um sie für den Letzteren zu verkaufen, in Commission erhalten und davon u. A. 78 Centner, den Centner für 74 Thlr., zusammen also für 5772 Thlr., zahlbar den 12. März 1859, an den Kammgarnspinnereibesitzer Carl Friedrich Schneider in Reichenbach verkauft und geliefert. Schneider ist, ohne den Kaufpreis bezahlt zu haben, im Jahre 1858 verstorben und zu dessen Nachlaß ist Concurs eröffnet worden. Bei diesem Concurse hat Beklagter die gedachte Forderung angemeldet und es ist auf dieselbe für ihn ein Perceptionsquantum von 1245 Thlr. 28 Ngr. 1 Pf. ausgefallen, wovon jedoch zu Deckung aufgelaufener Kosten 123 Thlr. 14 Ngr. 3 Pf. zu verwenden gewesen und verwendet worden sind. Die nach Abzug dieser Kosten verbliebenen 1122 Thlr. 13 Ngr. 8 Pf. hat Beklagter in den Bl. — angegebenen Summen und zu den dort bemerkten Zeiten dem Committenten Rothe gewährt.

Vgl. die Zugeständnisse des Beklagten zum —— Abschn. der Einl. Bl. —.

Jetzt verlangt nun Klägerin, deren Ehemann am 9. Januar 1865 verstorben ist, als die durch die Klagbeifuge IX. Bl. — legitimirte Vertreterin der Firma Wilh. Rothe, indem sie den Verlust, welcher bezüglich der gedachten Forderung entstanden, in der Beilage VII. Bl. —, einschließlich der Zinsen bis zum 1 Septbr. 1868, im Ganzen auf 7256 Thlr. 14 Ngr. 9 Pf. berechnet und unter dem Anführen,

> Beklagter sei zuerst im Jahre 1852 mit ihrem genannten Ehemanne dergestalt in Geschäftsverbindung getreten gewesen, daß er als des Letzteren Commissionär für denselben Schafwolle verkauft und von dem zu erzielenden Kaufpreise ohne alle Vertretung für dessen Eingang 1 % Provision für seine Bemühungen erhalten solle. Im Jahre 1853 seien jedoch Beklagter und ihr Ehemann dahin übereingekommen, daß Beklagter auch fernerhin als Commissionär ihres Ehemannes fungiren und die ihm von demselben zu übergebenden Wollen verkaufen, jedoch hierfür von dem zu erzielenden Kaufpreise 2 % als Provision innenbehalten, dafür aber auch bei etwaigen Verlusten an den für das Commissionsgut zu erzielenden Kaufpreisen die Hälfte des Verlustes aus eigenen Mitteln tragen solle. Diese Verbindung habe im Jahre 1857 aufgehört, im Jahre 1858 aber sei dieselbe, wie aus den Klagbeifugen unter I. und II. Bl. — sich ergebe, unter Festhaltung der zuletzt im Jahre 1853 getroffen gewesenen Vereinbarungen von Neuem aufgenommen worden, und demzufolge habe Beklagter sodann jene an Schneidern verkaufte Schafwolle von ihrem Ehemanne zugesendet erhalten,

von Beklagtem Erstattung der Hälfte jenes Verlustes mit 3628 Thlr. 7 Ngr. 4½ Pf. sammt ferneren Zinsen zu 6 % vom 1. Septbr. 1868 an. Doch will sie zufolge Bl. — von dem Libellate in runder Summe 2 Thlr. — — sich kürzen lassen, indem das Schneidersche Nachlaß-

schuldenwesen in Reichenbach aus dem Concursdepositum Carl Friedrich Schneiders in Altenburg noch ein Perceptionsquantum von 33 Thlr. 17 Ngr. 2 Pf. zu erwarten habe, wovon auf die bei dem Erstern von Beklagtem angemeldeten 5772 Thlr. — — noch etwa 1 Thlr. 26 Ngr. 9 Pf. ausfallen würden.

Die vorigen Instanzen haben nun mit Rücksicht auf dieses letztere Anführen der Klägerin die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen, weil nach der dermaligen Sachlage sich nicht mit genügender Bestimmtheit übersehen lasse, auf wie hoch der dem Reichenbacher Schuldenwesen aus der Altenburger Concursmasse zukommende Betrag sich definitiv belaufen werde, folglich auch nicht beurtheilt werden könne, welchen Betrag der von dem Beklagten nach seinem gedachten Garantieversprechen zur Hälfte zu tragende Verlust an der von ihm beim Schneiderschen Nachlaßschuldenwesen in Reichenbach angemeldeten Waarenforderung erreichen werde, demnach auch es an einer festen Basis für die von der Klägerin beantragte Verurtheilung des Beklagten fehle, überdem die von der Klägerin angestellte Berechnung dessen, was noch aus dem Altenburger Concurse auf jene Waarenforderung ausfallen werde, nur als eine ungefähre anzusehen sei, überhaupt die Verurtheilung in eine bestimmte Summe nicht erfolgen, eine sententia certa nicht ertheilt werden könne.

Dem hat man aber in gegenwärtiger Instanz beizutreten nicht vermocht. Denn nicht Klägerin oder deren Ehemann haben die fragliche Waarenforderung beim Schneiderschen Creditwesen in Reichenbach angemeldet, sondern, wie dies auch gar nicht anders geschehen konnte, der Beklagte. Hätte Beklagter behaupten können, daß aus diesem Concurse mehr als der in der Klage angegebene Betrag auf seine Forderung ausgefallen oder doch noch zu erwarten sei, so war es seine Sache, nach dieser Richtung hin zu excipiren. Er ist aber mit einer solchen Einrede gar nicht hervorgetreten. Die bezüglichen Anführungen der Klägerin dagegen lassen sich nur als Zugeständnisse derselben auffassen, welchen eine solche Wirkung, wie die vorigen Instanzen ihnen beigelegt haben, nicht beigelegt werden kann.

Ist nun aber dieser Abweisungsgrund nicht stichhaltig, so fragt es sich weiter, ob die Behauptung der Klägerin, daß die unterbrochen gewesene Geschäftsverbindung zwischen ihrem Ehegatten und dem Beklagten im Jahre 1858 unter den im Jahre 1855 vereinbart gewesenen Bedingungen wieder aufgenommen worden sei, in den Beifugen unter I. und II., welche Beklagter beim 8. Einl.-Pcte. zugestanden, hinreichende Begründung finde? Wäre dies nicht der Fall, so würde es, da Klägerin jene Behauptung eben nur mit Rücksicht auf diese Beilagen aufgestellt hat, bei der Abweisung der Klage bleiben müssen. Man ist jedoch zu einer Bejahung der gedachten Frage gelangt. Denn in der Beilage I., einem Briefe des Ehemannes der Klägerin an den Beklagten vom 1. Juli 1858, fragt jener, indem er zugleich

seine Geneigtheit zur Wiederaufnahme der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten zu erkennen giebt, unter Offerirung verschiedener Wollen zu gewissen Preisen, bei diesem an, ob er wiederum Wollen für ihn verkaufen und zugesendet haben wolle, und dabei bemerkt Rothe wörtlich:

„Die Bedingungen sind doch die alten, nämlich franco dort, 2 % Provision, keine Nebenberechnungen. Die Hälfte haben Sie fürs del Credere zu stehen."

Mit diesen Worten verweist er offenbar auf die nach Beklagtens Zugeständnissen beim 2.—5. Einl.-Pcte. im Jahre 1853 vereinbart und seitdem festgehaltenen gewesenen Bedingungen. Denn nach der ersten Vereinbarung vom Jahre 1852 hatte Beklagter, wie derselbe beim 1. Einl.-Pcte. eingeräumt hat, nicht 2%, sondern nur 1% Provision zu erhalten und ein Risico nicht zu übernehmen, und es ergiebt sich hieraus zugleich, daß unter dem Ausdrucke „fürs del Credere stehen" Rothe hier in dem Briefe etwas Anderes nicht gemeint haben kann, als die Uebernahme der Verpflichtung Seiten Beklagtens, bei etwaigem Verluste an dem für das Commissionsgut zu erzielenden Kaufpreise die Hälfte des Verlustes aus eigenen Mitteln zu tragen, also die Uebernahme einer Schadlosbürgschaft (fidejussio indemnitatis), denn dieses war es, wozu nach dem oben Bemerkten Beklagter im Jahre 1853 sich verbindlich gemacht hatte.

Auf diesen Brief hat nun Beklagter unter dem 2. Juli 1858 mittelst des Briefes sub II. Bl. — geantwortet, daß ihm der Inhalt desselben erfreulich gewesen, und er sehr gern bereit sei, unter den früheren Bedingungen von Rothen Wolle zum Verkaufe zu empfangen. Zwar will Beklagter unter „den früheren Bedingungen" zufolge Bl. — diejenigen verstanden haben, welche im Jahre 1852, also vor 1853, zwischen ihnen gegolten, allein wäre dies wirklich seine Meinung gewesen, so hätte er, da der Ehemann der Klägerin ja die Bedingungen, unter welchen sie seit dem Jahre 1853 mit einander in der gedachten Geschäftsverbindung gestanden hatten, in dem Briefe sub I. speciell angegeben und seine Willensmeinung, unter diesen Bedingungen die Verbindung mit Beklagtem zu erneuern, deutlich zu erkennen gegeben hatte, sich ganz anders, als er gethan, ausdrücken, er hätte entweder die von Rothen bezeichneten Bedingungen ausdrücklich zurückweisen oder doch sagen sollen: „unter den früheren, im Jahre 1852 zwischen ihnen verabredet gewesenen Bedingungen." Es ist daher anzunehmen, daß Beklagter dem Ehemanne der Klägerin erklären wollen und erklärt habe, daß er auf dessen im Briefe sub I. gemachte Proposition eingehe, und somit steht der Annahme, daß der Vertrag in dieser Maße unter den Paciscenten zum Abschlusse gediehen sei, etwas nicht entgegen.

Nun hat aber Beklagter unter VI. Bl. — angeführt, er habe Tags darauf, am 3. Juli 1858, bei Rothen einen Besuch gemacht und diesen zwar nicht selbst, wohl aber dessen Ehefrau, die jetzige

Klägerin, angetroffen; dieſer habe er eröffnet, daß er ein del Credere zu übernehmen nicht geneigt ſei, vielmehr mit ihrem Ehemanne nur dann in weitere Geſchäftsverbindung treten werde, wenn derſelbe ihm für ſeine Bemühungen 1% Proviſion und außerdem die Nebenſpeſen an Arbeitslohn, Einſchlag und Aſſecuranz vergüte, daß alſo die vor dem Jahre 1853 beſtandenen Bedingungen zwiſchen ihnen maßgebend ſein ſollten; auch habe er die Klägerin damals beauftragt, ſolches Alles ihrem Ehemanne nach deſſen Rückkehr mitzutheilen; Klägerin habe dieſen Auftrag angenommen und ihrem Ehemanne, noch ehe dieſer ihm Waaren zugeſendet, in der Zeit vom 5. bis 12. Juli 1858 von dem mit ihm gepflogenen Geſpräche Mittheilung gemacht.

In dieſem Anführen hat man eine an ſich ſchlüſſige Ausflucht zu erblicken gehabt, denn es liegt darin die Behauptung, daß, noch ehe es zur Ausführung des durch die Correſpondenz sub I. und II. geſchloſſenen Vertrages gekommen, alſo tempeſtiv, er, der Beklagte, der Klägerin mit dem von dieſer vollzogenen Auftrage, ihren Ehemann davon in Kenntniß zu ſetzen, ſeinen Rücktritt von dieſem Vertrage und ſeine Willensmeinung, nur unter den vor dem Jahre 1853 zwiſchen ihnen feſtgeſetzt geweſenen Bedingungen Commiſſionswaaren von demſelben übernehmen zu wollen, erklärt und daß Rothe dadurch, daß derſelbe ihm nach der Zeit Commiſſionswaaren zugeſendet, ſein Einverſtändniß thatſächlich in concludenter Weiſe zu erkennen gegeben habe.

Man hat dieſer Ausflucht die Beachtung nicht verſagen können. Denn war Rothe von der veränderten Willensmeinung des Beklagten benachrichtigt und gab er ihm darauf doch wieder Wolle in Commiſſion, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er bei ſeiner am 1. Juli 1858 gemachten Propoſition und den ſeinerſeits geſtellten Bedingungen ſtehen bleiben müſſe, ſo würde darin allerdings eine ſtillſchweigende Genehmigung der vom Beklagten nachträglich geſtellten Bedingungen gefunden werden müſſen. Bewandten Umſtänden nach hat man zunächſt auf Beweis dieſer Ausflucht zu erkennen gehabt, denn, wäre ſie gegründet, ſo würde von einer Verurtheilung des Beklagten nicht weiter die Rede ſein können, da dadurch der Grund, auf welchen allein die Klage geſtützt worden, vollſtändig elidirt werden würde. Ob im Falle des Mißlingens dieſes Exceptionsbeweiſes Beklagter in das geſammte, Bl. — berechnete Libellat zu verurtheilen, oder ob dann die Verurtheilung auf eine geringere Summe zu beſchränken ſein werde, wird nach Befinden bei Abfaſſung der Definitiventſcheidung in Erwägung zu ziehen ſein."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verw. Rothe ÷ Haaſe, vom 25. Novbr. 1869*). — Ger.-Amt Crimmitſchau.)

---

*) In IV. Inſtanz beſtätigt mittelſt Urthels vom 19. Februar 1870.

95.

Zur Lehre von der Haftpflicht des früheren Grundstückseigenthümers für die auf dem Grundstücke haftenden hypothekarischen Schulden (zu §. 432. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Insoweit der Kläger seinen gegenwärtigen Anspruch auf Bezahlung des geforderten Capitals von 3000 Thlrn. und der nach dem 22. Juli 1868 erwachsenen Zinsen darauf gründen zu können glaubt, daß Beklagter nach Inhalt der Klagbeifuge F. §. 1. Bl. — bei der käuflichen Erwerbung der sogen. Neuenmühle zu Pirna die ebenerwähnte, auf diesem Grundstücke für den Kläger eingetragene Forderung in Anrechnung auf die Kaufsumme „mit den documentmäßigen Zinsen ohne Neuerung zur Selbstentrichtung übernommen" hat, befindet er sich, wie bereits von der vorigen Instanz gezeigt worden ist, im Irrthume. Es mag in dieser Beziehung unter Hinweisung darauf, daß Beklagter das gedachte Grundstück laut des bei den Acten befindlichen Originalzeugnisses der Grund- und Hypothekenbehörde bereits am 15. Juli 1868 weiter verkauft hat und der Käufer am 22. desselben Monats als Eigenthümer dieses Grundstücks in das Grundbuch eingetragen worden ist, nur Folgendes noch bemerkt werden.

Nach §. 432. des bürgerl. Gesetzbuchs ist der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher bei dessen Erwerbung gegen den Veräußerer eine hypothekarische Schuld in Aufrechnung auf die Kaufgelder übernommen, oder sich ohne nähere Bestimmung zu deren Bezahlung verpflichtet hat, auch dem hypothekarischen Gläubiger, sobald derselbe einem solchen Uebereinkommen beitritt, persönlich verpflichtet. Diese Verpflichtung des Erwerbers, welche (vergl. §. 1405. des bürgerl. Gesetzbuchs) aus dem Gesichtspunkte einer Schuldübernahme zu betrachten ist, fällt aber in Ansehung der Stammforderung und der künftig erwachsenden Zinsen weg, sobald der Schuldübernehmer das Grundstück veräußert, „ausgenommen, wenn der Gläubiger vor der Veräußerung die persönliche Klage gegen ihn bei Gericht angebracht und den Rechtsstreit nicht über drei Monate liegen gelassen hat." Diese Bestimmung darf aber nicht so verstanden werden, als wenn durch die bloße, in diesem Sinne rechtzeitige, Anstellung der persönlichen Klage gegen den Erwerber die in §§. 432. u. 1405. erwähnte beschränkte persönliche Verpflichtung des Letzteren in eine unbeschränkte und von dem Eigenthume des Pfandgrundstücks unabhängige Verbindlichkeit, wie sie in anderen Fällen einer Schuldübernahme nach §§. 1402 ff. und 854. des bürgerl. Gesetzbuchs entsteht, verwandelt werden könnte. Dies würde mit dem Zwecke der im Wesentlichen conformen Vorschriften in §§. 90 ff. des Gesetzes vom 6. Nov. 1843 und §. 432. des bürgerl. Gesetzbuchs, die gerade in Bezug auf den Umfang und die Dauer der persönlichen Verpflichtung, welche durch eine vom Erwerber erklärte Uebernahme der auf dem erkauften Grundstücke haftenden Hypothekenschulden zur Berichtigung aus eigenen Mit-

teln begründet wird, von dem älteren Rechte wesentlich abweichen, im Widerspruche stehen. Denn durch diese Vorschriften der neueren Gesetzgebung sollte dem Uebelstande vorgebeugt werden, welcher nach der bisher befolgten Rechtsansicht dadurch entstand, daß der frühere Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks, welcher nicht zugleich der ursprüngliche Schuldner war, auch nach der Veräußerung dieses Grundstücks auf unbestimmte und längere Zeit den Ansprüchen der hypothekarischen Gläubiger ausgesetzt blieb.

Vergl. Siebenhaar, Commentar, Bd. 1. S. 387. ed. II.

Dieser Zweck würde verfehlt worden sein, wenn es in die Hand des Gläubigers gelegt worden wäre, durch Anstellung einer persönlichen Klage die Verpflichtung des Eigenthümers zu perpetuiren. Es ist vielmehr durch die erwähnte Ausnahmebestimmung der Anbringung der persönlichen Klage gegen den Erwerber vor der Veräußerung nur die Wirkung beigelegt worden, daß sich der Erwerber den Folgen dieser Klaganstellung nicht durch eine Veräußerung des verpfändeten Grundstücks entziehen kann, und die Verpflichtung desselben zur Bezahlung der in Aufrechnung auf die Kaufsumme übernommenen Hypothekenschulden insoweit fortbesteht, daß sie durch ordnungsmäßige Fortstellung des durch diese Klaganstellung eingeleiteten Rechtsstreites zur Geltung gebracht, der Beklagte also, wenn er sachfällig wird, durch Anwendung der gewöhnlichen executivischen Zwangsmittel zur Zahlung angehalten werden kann, obschon er das verpfändete Grundstück nicht mehr besitzt. Daß unter diesen Umständen der Gläubiger, wenn die rechtzeitig gegen den Erwerber angestellte Klage in der angebrachten Maße oder allhier abgewiesen würde, mit einer neuen, auf dieselbe Uebereinkunft gegründeten persönlichen Klage gegen den Letzteren auftreten könne, wie Kläger meint, würde sich kaum behaupten lassen, zumal der §. 432. gar kein Anhalten über die Frist giebt, innerhalb welcher diese Klage anzubringen wäre. Indessen braucht diese Frage jetzt nicht entschieden zu werden, weil ein derartiger Fall nicht vorliegt. Der Kläger hat allerdings in Gemeinschaft mit der verehel. Thorschmidt, deren Forderung der Beklagte ebenfalls in Anrechnung auf die Kaufsumme übernommen hatte, die Bl. — sub Y. in Abschrift befindliche Executionsklage zu einer Zeit eingereicht, wo der Beklagte noch als Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks eingetragen war. Allein erstens konnte diese Klage von Anfang an nicht als persönliche, sondern nur als Pfandklage gelten, weil sie die Kläger (vergl. Bl. — sub b.) wissentlich nicht bei dem ordentlichen Richter des Beklagten, sondern bei dem Richter der gelegenen Sache angebracht hatten, welcher nur für die actio in rem hypothecaria competent war und sich daher auch nur in dieser Eigenschaft zur Ausfertigung auf dieselbe bestimmt finden konnte. Zweitens aber haben die Kläger bei dem Vergleiche Bl. — erklärt, daß ihre gegen den Beklagten anhängige Executionsklage lediglich als eine hypothekarische Klage, bei welcher sie die Befriedigung aus dem verpfändeten (von

dem Beklagten veräußerten und in das Eigenthum eines Dritten übergegangenen) Grundstücke suchten, betrachtet werden solle, und daß sie auf Executionsanträge in andere Vermögensobjecte des Beklagten verzichteten. Wäre daher, wenigstens nach der Intention der damaligen Kläger, bis dahin in der wider den Erwerber angebrachten Executionsklage eine Verbindung der persönlichen mit der Pfandklage zu erblicken gewesen, so würde doch in diesem Falle der Vergleich eine Zurücknahme der persönlichen Klage enthalten. Nun bedarf es aber keiner weiteren Auseinandersetzung, daß durch die Zurücknahme einer Klage die mit der Anstellung derselben verbundenen besonderen rechtlichen Wirkungen wegfallen. Insbesondere muß auch in dem in §. 432. gedachten Falle der Klaganbringung die völlige Zurücknahme der Klage mindestens dieselbe Folge in Bezug auf den Wegfall der persönlichen Verpflichtung des Erwerbers haben, welche schon eine die Dauer von drei Monaten übersteigende Sistirung des Processes hat, weil eben nach der Absicht des Gesetzgebers und nach dem hiermit übereinstimmenden Inhalte des §. 432. diese Verpflichtung nur durch die gehörige Fortstellung des nach rechtzeitiger Anbringung der persönlichen Klage entstandenen Rechtsstreites ermöglicht werden kann.

Bei dem schon erwähnten Vergleiche hat sich der Kläger das Recht, auf Erfüllung eines ihm von dem Beklagten in Ansehung der geklagten Forderung gegebenen persönlichen Versprechens zu klagen, vorbehalten. Dieses Vorbehaltes hätte es nicht einmal bedurft, denn die Zurücknahme der auf die Uebereinkunft, welche der Beklagte bei der Erwerbung des Pfandgrundstücks mit dem Veräußerer desselben nach Bl. — getroffen hatte, gegründeten Klage würde denselben ohnedies nicht behindert haben, eine neue, auf einem anderen Rechtsgeschäfte beruhende Klage gegen den Beklagten zu erheben.

Die vorliegende Klage ist nun auch auf ein Zahlungsversprechen gestützt, welches der Beklagte dem Bevollmächtigten des Klägers nach der Erwerbung des fraglichen Grundstücks, und zwar in der Zeit nach Behändigung der Kündigungs- und Zahlungsauflage Bl. — und vor der anderweiten Veräußerung des gedachten Grundstücks ertheilt haben soll. Allein in dem, was die Klage Bl. — hierüber enthält, hat man dieselbe in Uebereinstimmung mit den Gründen des ersten Erkenntnisses nicht für schlüssig zu erachten vermocht. Es ist bei der Prüfung dieser Angaben zu berücksichtigen, daß der Beklagte damals noch Eigenthümer des Pfandgrundstücks und zufolge der in §. 1. seines Kaufes mit dem Verkäufer getroffenen Uebereinkunft zur Bezahlung der ihm bereits gekündigten und eventuell klagbar gemachten Hypothekenforderung des Klägers nicht blos als Eigenthümer des Pfandgrundstücks, sondern auch persönlich gegen den Kläger verpflichtet war, daß es mithin darauf ankommt, ob derselbe neben und außer dieser noch bestehenden, auch noch eine neue und weitergehende persönliche Verpflichtung übernommen habe. Nicht bei jedem Versprechen, eine geforderte Zahlung zu leisten, läßt sich die

Absicht des Promittenten, eine neue und selbstständige Verpflichtung einzugehen, voraussetzen, und selbst wenn nach Lage der Sache in einem solchen Versprechen und dessen Annahme ein Anerkennungsvertrag zu finden ist, wird durch diesen nur insoweit und in dem Umfange eine neue und selbstständige Verpflichtung begründet, in welchem der Schuldner das Bestehen einer Forderung anerkannt hat. Das Anerkenntniß des Beklagten, daß ihm besage seines Kaufes die in §. 432. des bürgerl. Gesetzbuchs bestimmte persönliche Verpflichtung obliege, würde dem Kläger, weil diese Verpflichtung mit der später erfolgten Veräußerung des verpfändeten Grundstücks weggefallen ist, für die Zwecke der gegenwärtigen Klage gar nichts geholfen haben, und es lag auch für den Kläger keine ersichtliche Veranlassung vor, ein solches Anerkenntniß zu erlangen. Ebensowenig aber hat sich derselbe darauf bezogen, daß sein Bevollmächtigter bei der Bl. — gedachten Unterredung den Beklagten aufgefordert habe, eine neue, bis dahin noch gar nicht bestehende Verpflichtung zu übernehmen und sich für seine Person unbeschränkt und über seine Besitzzeit hinaus zur Zahlung verbindlich zu machen. Nach Bl. — hat vielmehr dieser Bevollmächtigte zunächst nur die Frage an den Beklagten gerichtet, wie dieser die dem Kläger zustehende, damals bereits gekündigte Forderung bezahlen wolle, und aus dieser Frage konnte der Beklagte nur soviel entnehmen, daß der Kläger wissen wollte, ob und bis wann er, der Beklagte, die Mittel zur Bezahlung dieser Forderung zu beschaffen gedenke? Die Antwort des Beklagten, daß er das ihm gekündigte Capital bezahlen werde, daß er aber dasselbe nicht bis zu der in der Auflage angegebenen Frist (bis 21. August 1868), sondern erst Ende August 1868 beschaffen könne und daher erst dann den Kläger bezahlen wolle, enthält in diesem Zusammenhange und unter diesen Verhältnissen offenbar nichts weiter, als die Bereitwilligkeit des Beklagten, eine ihm damals obliegende Verpflichtung zu erfüllen, und das Bekenntniß, daß er dies nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist ausführen könne. Die nach Bl. — dieser Erklärung beigefügte Bitte, daß der Bevollmächtigte des Klägers noch bis dahin (bis Ende August 1868) warten möge, entfernt jeden Zweifel darüber, daß es der Beklagte auf eine Gestundung abgesehen habe. Diese ist demselben von Klägers Bevollmächtigtem durch die Erklärung, „daß er bis Ende August 1868 auf die Bezahlung der im Auftrage Klägers dem Beklagten gekündigten 3000 Thlr. warten wolle," ertheilt worden; es ist also mit diesen Aeußerungen, welche sich insgesammt nur auf die Erfüllung einer bereits vorhandenen und unbestrittenen, aber nicht auf die Uebernahme einer neuen Verpflichtung beziehen, nur ein Gestundungsvertrag abgeschlossen, sonst aber an dem damals bestehenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Beklagten und dem Kläger nichts verändert worden. Ebenso einflußlos ist aber auch die angebliche, durch eine Bemerkung des klägerischen Bevollmächtigten, daß er auf pünktliche Zahlung rechne, veranlaßte Versicherung des Beklagten,

„der Erstere könne sich darauf verlassen, daß er die 3000 Thlr. Ende August 1868 an den Kläger auszahlen werde," weil auch diese Aeußerung des Beklagten nichts weiter enthält, als das Versprechen, die ihm ertheilte Nachfrist pünktlich inne zu halten. Keine von allen den obgedachten Aeußerungen aber gestattet einen logisch richtigen Schluß darauf, daß der Beklagte sich zur Zahlung der ihm gekündigten 3000 Thlr. auch für den Fall, daß seine Verpflichtung dazu wegfallen solle, durch eine diesfällige besondere Zusage habe verbindlich machen wollen.

Der Bl. — zu lesende Brief des Beklagten enthält weder an und für sich allein, noch, wenn man denselben mit den Zuschriften Bl. — in Verbindung setzt, eine Erklärung des Beklagten, welche zu Begründung der vorliegenden Klage geeignet wäre.

Dieser Auffassung steht es auch nicht entgegen, daß Beklagter nach seinen Angaben Bl. — schon damals das verpfändete Grundstück zu verkaufen beabsichtigte, und hoffte, daß er dies bis zur Fälligkeit der klägerischen Forderung ausführen werde. Dieser Umstand nämlich berechtigt nicht zu der Folgerung, daß sich Beklagter für den Fall dieses Verkaufes über seine Besitzzeit hinaus zur Zahlung der gedachten Forderung habe verpflichten wollen. Denn erstens konnte der Beklagte nicht mit Sicherheit darauf rechnen, daß er vor Ablauf der erbetenen Nachfrist das verpfändete Grundstück verkauft haben würde, und zweitens konnte er sich gerade durch eine baldige Veräußerung die Mittel verschaffen, einer ihm damals noch obliegenden Verpflichtung zu genügen. Es läßt sich also nicht voraussetzen, daß der Beklagte die Absicht gehabt habe, im Falle einer nahe bevorstehenden Veräußerung seines Grundstücks dem Kläger für die Bezahlung der fraglichen 3000 Thlr. verhaftet zu bleiben.

Der vom Kläger Bl. — aufgestellte Gesichtspunkt eines dolus ist ebenfalls unhaltbar. An sich war der Beklagte berechtigt, das verpfändete Grundstück zu verkaufen und sich dadurch zugleich von der persönlichen Verpflichtung gegen die hypothekarischen Gläubiger zu befreien, insofern diese nicht bereits die persönliche Klage gegen ihn angebracht hatten. Es kann daher weder darin, daß der Beklagte vor Ablauf der ihm ertheilten, vertragsweise bis zum letzten August 1868 verlängerten Zahlungsfrist von diesem Rechte Gebrauch gemacht, noch darin, daß er um eine Fristverlängerung gebeten hat, während er den Verkauf des Grundstücks bereits beabsichtigte, so ohne Weiteres ein arglistiges Verfahren erblickt werden. Hinzukommt, daß, wenn man die Angaben des Beklagten über den Inhalt seiner Unterredung mit dem Bevollmächtigten des Klägers einmal berücksichtigen will, dieselben auch ihrem ganzen Umfange nach geprüft werden müssen, und daß der Beklagte nach seiner Angabe Bl. — dem gedachten Bevollmächtigten seine Absicht, das Grundstück zu verkaufen, nicht verschwiegen, sondern ihm mitgetheilt hat, daß er diesen Verkauf noch vor dem Eintritte des Fälligkeitstermines zu realisiren hoffe. Uebri-

gens würde, wenn der Beklagte sich auf arglistige Weise eine Gestundung verschafft hätte, um immittelst das Grundstück zu verkaufen, dieser dolus zwar einen Schädenanspruch begründen, aber nicht dazu führen können, daß den Bl. — behaupteten Erklärungen der Betheiligten eine andere als die ihnen an sich beiwohnende Bedeutung beizulegen wäre.

Endlich bedarf es kaum noch der Bemerkung, daß in dem, was der Beklagte Bl. — bei der fraglichen Unterredung geäußert haben will, gar keine, also auch keine suspensiv bedingte Zusage der Art, wie sie zur Begründung der gegenwärtigen Klage erforderlich gewesen sein würde, gefunden werden kann. Denn diese Aeußerungen beschränken sich darauf, daß der Beklagte auch ohne eine gerichtliche Kündigung jede ihm obliegende Zahlung geleistet haben würde, und daß er „die 3000 Thlr. bis ult. August 1868 an den Kläger bezahlen werde, wenn er das Grundstück bis dahin nicht, wie er hoffe, veräußert haben sollte". Es geben diese Aeußerungen im Gegentheil deutlich zu erkennen, daß der Beklagte nur seine damaligen Verpflichtungen gegen den Kläger in der einen oder in der anderen Art lösen, aber sich nicht verpflichten wollte, nach der verhofften Veräußerung des Pfandgrundstücks noch fernerhin für die Bezahlung der klägerischen Forderung zu haften.

Aus diesen Gründen ist die Klage in Ansehung der Stammforderung und der vom 23. Juli 1868 an geforderten vertragsmäßigen und Verzugszinsen in der angebrachten Maße abzuweisen, insoweit also das erste Erkenntniß wieder herzustellen gewesen.

Dagegen ist der Anspruch des Klägers auf Bezahlung der von dem Beklagten während seines Eigenthums in Rückstand gelassenen Zinsen nach dem Schlußsatze von §. 432. des bürgerl. Gesetzbuchs vollkommen richtig." 2c.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Spalteholzens ÷ Blümich, vom 25. Nov. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Dresden.)

V.

Bemerkungen über Wesen und rechtliche Bedeutung der notariellen letzten Willenserrichtung nach §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs.

Von Herrn Appellations-Rath Professor Dr. **Müller** in Leipzig.

I. Die verschiedenen Auffassungen.

§. 1.

Das bürgerl. Gesetzbuch enthält am Schlusse des von den außergerichtlichen letzten Willen handelnden Abschnittes im §. 2108. folgende Bestimmung:

> „Vor Notaren können letzte Willen in den für Notariatsprotocolle über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen errichtet werden. Die Errichtung eines solchen letzten Willens ist mit Abschluß des Protocolls vollendet."

Die Bedeutung dieser Disposition, welche in den ausgehobenen Worten implicite auf die Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 Bezug nimmt, ist mit Rücksicht auf die im §. 93. der letzteren enthaltene Vorschrift:

> „Hinsichtlich der Errichtung von Testamenten vor einem Notare bewendet es noch zur Zeit bei dem bestehenden Rechte, und sind der Notar und die von demselben zugezogenen Notariatszeugen fernerhin in die Zahl der Testamentszeugen einzurechnen,"

verschieden aufgefaßt worden. Die Meinungsverschiedenheit betrifft hauptsächlich die Frage, was man unter den „für die Auf-

nahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen" des §. 2108. zu verstehen habe, ob mit diesen Worten die Fortgeltung des angez. §. 93. ausgesprochen, also die Giltigkeit der unter notarieller Mitwirkung erfolgenden letzten Willenserrichtung nach wie vor an die dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Erfordernisse des bisherigen Rechts geknüpft sei, oder ob vielmehr dadurch der Bestimmung im §. 93. habe derogirt und die formelle Giltigkeit der vor Notaren zu errichtenden letzten Willen lediglich von der Beobachtung der im Cap. IV. der Notariatsordnung für die „Aufnahme von Protocollen" vorgeschriebenen Formen abhängig gemacht werden sollen[1]).

1) Ersteren Falles würde der citirte §. 2108. an dem bisherigen Rechte wesentlich nichts geändert und nur die Neuerung eingeführt haben, daß zum legalen Abschlusse des Testiractes auch noch der Abschluß des darüber aufgenommenen Notariatsprotocolles nöthig wäre. Es hätte daher ein solcher unter Mitwirkung des Notars errichteter (außergerichtlicher) letzter Wille auch nach dem Gesetzbuche nur die Eigenschaft einer an die Solennitäten der Privattestamente gebundenen letztwilligen Verfügung. Das vom Notar hierüber aufgenommene Protocoll bezweckte solchenfalls nichts Anderes, als den Nachweis, daß ein Privattestament unter den gesetzlichen Feierlichkeiten errichtet worden sei[2]). Dagegen wäre

2) nach der andern Meinung die notarielle letzte Willenserrichtung eine selbstständige Form außergerichtlicher letzter Willen von öffentlichem Character, bei welcher die legal erfolgte notarielle Beurkundung der letzten Willenserklärung die wesentliche Form bildet und die Notariatszeugen die Testamentszeugen ersetzen. Die practische Verschiedenheit beider Auffassungen äußert sich besonders in der Zahl der zur Legalisirung des Errichtungsactes erforderlichen Zeugen.

Folgt man der ersten Auffassung, so wird durch Mitwirkung

---

1) Zeitschrift für Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. 33. S. 385 f.

2) A. Merkel, das gerichtliche Verfahren ꝛc. S. 53. Hinsichtlich anderer letztwilliger Verfügungen als Testamente ist übrigens schon nach dem bisherigen Rechte, weil §. 93. der Notariatsordnung nur von Testamenten spricht, die Ansicht aufgestellt worden, daß zur Legalisirung derselben nur zwei Zeugen erforderlich seien. Jul. Merkel, das Notariat ꝛc. Leipz. 1860. S. 204. Note 90.

des Notars und der von ihm zur Protocollaufnahme zugezogenen Zeugen die Beobachtung der zu Errichtung außergerichtlicher letzter Willen gesetzlich nothwendigen Formen, also auch die gesetzliche Zahl von Solennitätszeugen nicht entbehrlich, nur daß nach cit. §. 93. der Notar und die Notariatszeugen in die Zahl der Testamentszeugen eingerechnet werden dürfen und daß zur Vollendung des letzten Willens der Abschluß des Protocolls gehört[3]).

Nimmt man dagegen an, daß das Wesen der notariellen letzten Willenserrichtung in der unter Beobachtung der in der Notariatsordnung Cap. IV. §§. 16 f. für die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften vorgeschriebenen Formen erfolgten Aufnahme des Protocolls über die letzte Willenserklärung beruht, so ist die Zuziehung mehrerer Zeugen, als der in §. 16. Abs. 1. der Notariatsordnung gedachten zwei Notariatszeugen oder eines zweiten Notars nicht erforderlich[4]).

II. Auslegung der fraglichen Gesetzesvorschriften (§. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs und §. 93. der Notariatsordnung).

1) Die aus dem Inhalte derselben zu entnehmenden Erkenntnißgründe des gesetzgeberischen Willens.

§. 2.

Für die zweite der im Vorstehenden mitgetheilten Auffassungen, daß im Sinne des bürgerl. Gesetzbuchs der vor einem Notar errichtete letzte Wille als eine besondere, in seinen Solennitäten von den Privattestamenten verschiedene und mit öffentlichem Glauben versehene Modalität der außergerichtlichen letzten Willenserrichtung anzusehen sei, sprechen überwiegende Gründe.

Dieselben beruhen theils auf den aus dem Inhalte der betreffenden Vorschriften sich ergebenden Auslegungsmomenten, theils stützen sie sich auf die der Entstehungsgeschichte derselben ange-

3) Dieser Auffassung folgen: B. G. Schmidt, Vorlesungen über Sächs. Privatrecht, Bd. II. S. 176 c. und der (ungenannte) Einsender der im Sächs. Wochenblatt für Verwalt. u. Poliz. von 1867. S. 236. abgedruckten Privatcorrespondenz sub 2.

4) Diese Ansicht liegt zu Grunde der in der Zeitschrift a. a. O. abgedruckten Verordnung des Königl. Justizministeriums und wird auch von Siebenhaar, Comment. III. S. 271. 272 (2te Aufl.), sowie von Conr. Hermann, Anleitung zur Notariatspraxis, S. 102. und Nachträge S. 13. getheilt.

hörenden Erkenntnißquellen des gesetzgeberischen Willens, und zwar kommt in ersterer Beziehung zunächst in Betrachtung:

1.

Der Wortsinn und die Fassung des ersten Satzes der im §. 2108. enthaltenen Vorschrift.

a) Es wird in derselben die rechtliche Giltigkeit einer letzten Willenserrichtung vor Notaren von der Beobachtung derjenigen Formen abhängig gemacht, welche für die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften überhaupt („für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte") in der Notariatsordnung vorgeschrieben sind.

Welche Formvorschriften das Gesetzbuch hierunter verstanden habe, wird sich im Hinblick auf die innere Oekonomie der Notariatsordnung und auf die zur Characterisirung ihrer einzelnen Abschnitte gebrauchten Rubriken erkennen lassen, wenn man bekannten Auslegungsregeln zufolge daran festhält, daß der Gesetzgeber seine Worte mit voller Ueberlegung und Absicht angewendet, im Zweifel die dem gesetzlichen Sprachgebrauche entsprechende Bedeutung derselben befolgt und sie in ihrer vollen Allgemeinheit genommen habe[5]).

Der nächste und hauptsächliche Beruf des Notars besteht nach der Notariatsordnung darin, auf Verlangen der Betheiligten über die von denselben vor ihm in Bezug auf Rechtsverhältnisse abgegebenen Erklärungen und vorgenommenen Handlungen, sowie über gewisse von ihm gemachte, auf Rechtsverhältnisse bezügliche Wahrnehmungen Urkunden mit dem Character der Oeffentlichkeit auszustellen, insbesondere Rechtsgeschäfte, mehrseitige sowohl als einseitige, zu beurkunden. Die wichtige Form, in welcher sich diese beurkundende Thätigkeit bei Rechtsgeschäften äußert, ist die Abfassung von Protocollen über das vor dem Notar Verhandelte. Die Bedeutung der von den Notaren innerhalb ihres Geschäftsbereichs legal aufgenommenen Protocolle besteht darin, daß die betreffende Niederschrift die Kraft einer öffentlichen Urkunde hat und über das, was sie enthält, vollen Beweis liefert[6]).

Vergleicht man die Reihenfolge der den Inhalt der Notariatsordnung bildenden Materien und Abschnitte, so ergiebt sich theils

---

5) v. Wächter, würtemberg. Privatrecht II. S. 136.

6) Notariatsordnung §. 1. sub 1. 3. 4. §. 3. §. 27. Nr. 9.

aus der Ueberschrift des Cap. IV.: „Aufnahme der Protocolle", theils aus den unter dieser Rubrik enthaltenen, auf die Normirung der Zahl und Qualification der Notariatszeugen, die Form- und Inhaltserfordernisse und den legalen Abschluß der Protocolle sich beziehenden Detailbestimmungen, daß der Gesetzgeber gerade in diesem Abschnitte ex professo die allgemeinen Normativbestimmungen über diejenigen „Formen" habe aufstellen wollen, von deren Beobachtung die Legalität und öffentliche Glaubwürdigkeit der von Notaren über Gegenstände ihres Geschäftskreises, also auch über „Rechtsgeschäfte" überhaupt aufgenommenen Protocolle abhängig sein soll.

Wenn nun das bürgerl. Gesetzbuch bei Normirung des Institutes der notariellen letzten Willen, und gerade in Bezug auf das für deren rechtliche Characterisirung so wichtige Moment der formellen Giltigkeitserfordernisse derselben, lediglich auf die allgemeinen, für die (beurkundende) Amtsthätigkeit der Notare überhaupt maßgebenden Formvorschriften der Notariatsordnung Bezug nimmt, und noch überdies zur näheren Kennzeichnung dieser Vorschriften ausdrücklich auf „die für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen" verweist, also solche Ausdrücke anwendet, welche nach ihrem Sinn und wegen ihrer in der Hauptsache wörtlichen Uebereinstimmung mit der gleichnamig bezeichneten Ueberschrift des Cap. IV. der Notariatsordnung deutlich genug erkennen lassen, daß damit die den specifischen Character dieses Abschnittes bildenden normativen Rechtssätze haben getroffen werden sollen, so kann es bei unbefangener Erwägung der Sache wohl kaum zweifelhaft sein, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, lediglich die in der Notariatsordnung für die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften überhaupt vorgeschriebenen Förmlichkeiten auch für die Aufnahme von Testamenten durch Notare als maßgebend hinzustellen.

Hierfür spricht auch die Erwägung, daß die Vorschrift im §. 93. der Notariatsordnung äußerlich ganz isolirt unter den Uebergangsbestimmungen in Cap. XI. vorkommt und keinen innern nothwendigen Zusammenhang mit dem Stoffgebiet des Cap. IV. zu erkennen giebt. Hätte daher der Gesetzgeber wirklich die Absicht gehabt, das Recht des §. 93. zur allgemeinen bleibenden Regel des Gesetzbuchs zu erheben, so würde er sich wenigstens

anders haben ausdrücken müssen, als es in den fraglichen Worten des §. 2108. geschehen ist, zumal ihm nicht entgehen konnte, daß die Bestimmung im §. 93. sich selbst nur als transitorische ankündigt, solchen meist nur aus schonenden Rücksichten auf bestehende thatsächliche Verhältnisse hervorgehenden Uebergangsbestimmungen aber, wenn der Gegenstand derselben durch ein späteres Gesetz in der Form einer allgemeinen Regel normirt wird, im Zweifel nicht ohne Weiteres die Bedeutung einer fortgeltenden Rechtsregel beigelegt werden kann[7]). Hinzu kommt,

b) daß die Disposition im §. 93. nicht sowohl eine auf die Form der Notariatsprotocolle überhaupt bezügliche Anordnung, als vielmehr einen die solennitas testium beim Privattestamente betreffenden materiellen Rechtssatz enthält.

Nach unserm bisherigen Rechte bestand die „Errichtung von Testamenten vor einem Notar", welche in der Regel bei mündlichen Testamenten vorkam[8]), aus zwei, zwar zeitlich zusammenfallenden, aber juristisch verschiedenen Rechtsacten: aus der Vornahme der Testirhandlung in den dafür vom bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Förmlichkeiten, und aus der hierüber vom Notar in den legalen Formen der Notariatsordnung vollzogenen Protocollaufnahme. Die notarielle Mitwirkung änderte an den für die Errichtung von Privattestamenten vorgeschriebenen gesetzlichen Erfordernissen nichts, ein solches Testament blieb trotz seiner Errichtung vor dem Notar ein Privattestament und

7) v. Savigny, System, Bd. 8. S. 398. 470.

8) Schon Wernher, sel. obs. Vol. III. p. 4. obs. 103. bemerkt: „recepti hodie moris est, ut testamentis nuncupativis notarius adhiberi soleat, qui praesentibus septem testibus, inter quos ipse numeratur, voluntatem testatoris oretenus explicatam consignat". Der Umstand, daß bei mündlichen Testamenten der Beweis ihres Inhalts wesentlich auf das Leben und die Erinnerung der Zeugen gestellt war, ließ des Beweises wegen eine schriftliche Fixirung der letztwilligen Erklärung durch einen Notar um so mehr als räthlich erscheinen, weil in der Praxis die Ansicht galt, daß es keiner eidlichen Abhörung der Zeugen über den Inhalt des Testaments bedürfe, wenn über dasselbe ein giltiges Notariatsinstrument vorhanden sei. Cf. Carpzov, def. 37. P. III. Hofacker, princ. juris civ. II. §. 1272. Berger, oec. for. L. II. tit. 4. th. 4. Not. 5. Ueber die Mitwirkung eines Notars bei Errichtung schriftlicher Testamente: Curtius, Handbuch §. 666. Nr. 4. Merkel a. a. O. §. 26. Formulare siehe bei H. Kuppermann, Notariatskunst S. 414 f. 419 f. und Beschorner und Wehrmann, Notariatspraxis S. 202 f.

an alle Legalitätserforderniſſe eines ſolchen gebunden. Das darüber aufgenommene Notariatsprotocoll lieferte, wenn es vorſchriftsmäßig abgefaßt worden war, zwar den vollen Beweis des Inhaltes und der legalen Errichtung des Teſtaments[9]), unterſchied ſich aber in ſeinen geſetzlichen Erforderniſſen durchaus nicht von andern Notariatsprotocollen, und ein die Beweiskraft des letzteren ausſchließender Legalitätsmangel war ohne Einfluß auf den Rechtsbeſtand des Teſtaments, ſoweit deſſen Inhalt durch die Zeugen erwieſen werden konnte[10]). Die Zuziehung und, bei ſchriftlichen Teſtamenten, die Mitunterſchrift und Unterſiegelung der ſieben Zeugen gehörte nicht zur Solennität des Notariatsprotocolles, ſondern des Teſtiractes, und deshalb konnte nach der auf der Reichsnotariatsordnung von 1512[11]) beruhenden Anſicht des bisherigen Rechts einerſeits der Notar ſelbſt die Stelle eines Teſtamentszeugen vertreten und ſeine Notariatszeugen für die Protocollaufnahme aus der Zahl der Teſtamentszeugen wählen, andrerſeits war gerade bei dem testamentum nuncupativum die Unterſchrift der Teſtamentszeugen unter das darüber abgefaßte Protocoll nicht erforderlich[12]).

Läßt es nun der cit. §. 93. der Notariatsordnung zur Zeit noch bei dieſem Rechtszuſtande bewenden, ſo kann dies nur den Sinn haben, daß bis auf Weiteres, wie bisher, durch die notarielle Mitwirkung an der Natur des Privatteſtamentes nichts geändert und das über die Errichtung des Privatteſtamentes aufgenommene Notariatsprotocoll nach wie vor nur die Bedeutung eines in ſeinen Legalitätserforderniſſen an die einſchlagenden Vorſchriften (Cap. IV.) der Notariatsordnung geknüpften Beweismittels haben ſoll.

An dieſen allgemeinen Erforderniſſen der Geſetzmäßigkeit von Notariatsprotocollen überhaupt iſt auch für den im §. 93. vorausgeſetzten Fall, wenn die notarielle Mitwirkung zu dem Zwecke ſtattfindet, um die unter den geſetzlichen Feierlichkeiten erfolgte

---

9) Glück, Commentar, Bd. 33. S. 333. Bd. 35. S. 7. Berger l. c. th. 3. not. 5. Lauterbach, coll. theor. practic. P. II. p. 815. No. LXXV.

10) Curtius, Handbuch §. 668. Note a—b. Lauterbach l. c. p. 816.

11) Tit. von Teſtamenten §. 2. Cf. Moller, Comment. in const. ad P. III. c. 4. p. 385.

12) Curtius a. a. O. Note d. Lauterbach l. c. p. 815. i. f.

Errichtung eines Privattestamentes zu beurkunden, durch die Bestimmung in §. 93. Etwas nicht geändert, daß der Notar und die von ihm zugezogenen Notariatszeugen in die Zahl der Testamentszeugen einzurechnen sind, also zugleich als Testamentszeugen fungiren dürfen. Denn hiermit wird für solche über die Errichtung von Privattestamenten aufgenommene Notariatsprotocolle hinsichtlich der dabei zu beobachtenden Formen nicht etwas Eigenthümliches, von dem für Notariatsprotocolle über Rechtsgeschäfte überhaupt bestimmten Formvorschriften Abweichendes festgesetzt, indem sich ein solches Protocoll in seinen Legalitätserfordernissen durchaus nicht von Notariatsinstrumenten über andere Rechtsgeschäfte unterscheidet[13]). Vielmehr bezweckte jene Bestimmung über die Einrechenbarkeit der Notariatszeugen in die Zahl der Testamentszeugen eine in naheliegenden practischen Rücksichten begründete Erleichterung der die Zeugenzahl betreffenden Testamentsförmlichkeiten, deren Zulässigkeit bei dem oben angedeuteten Verhältnisse des Testiractes zu der darüber abzufassenden Notariatsurkunde um so unbedenklicher erscheinen mußte, weil die Qualification der Notariatszeugen in manchen Beziehungen sogar eine strengere war, als die der Testamentszeugen, und der Umstand, daß der Notar selbst die Niederschrift der mündlichen letzten Willenserklärung bewirkte, bekannten Rechten zufolge kein Hinderniß seiner Zeugnißfähigkeit begründete[14]).

Nimmt man nun die vom Gesetzgeber gebrauchten Worte in ihrem regelmäßigen technischen Sinne, so bietet der Wortlaut des ersten Satzes im §. 2108. des Gesetzbuchs keinen ausreichenden Anhalt für die Annahme, daß mit den Ausdrücken: „in den für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen" auf die Vorschrift in §. 93. der Notariatsordnung habe verwiesen werden sollen, weil diese Disposition, ihrer ganzen Tendenz nach, hinsichtlich der für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen im Allgemeinen gar nichts vorschreibt, und soweit sie für die beurkundende Mitwirkung der Notare bei der Errichtung von Privattestamenten, als einer besondern Form einseitiger Rechtsgeschäfte, es bei dem bisherigen Rechte bewenden läßt, an den allgemeinen,

13) Aug. Merkel a. a. O. S. 53.

14) Vergl. Notariatsordnung §. 18. — L. 27. D. qui testam. 28, 1.

für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte jeder Art im Cap. IV. §. 16 f. der Notariatsordnung aufgestellten Normen nichts geändert hat. — Hierzu kommt

c) daß die Wortfassung: „vor Notaren können letzte Willen in den für Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen errichtet werden", wenn damit wirklich die Fortgeltung des §. 93. der Notariatsordnung beabsichtigt wäre, ein inadäquater Ausdruck dessen sein würde, was der Gesetzgeber sagen wollte.

Denn nach dem in §. 93. anerkannten bisherigen Rechte wurde, wie sich aus dem sub b. Gesagten ergiebt, in Fällen, wo die Errichtung eines letzten Willens unter Mitwirkung eines Notars erfolgte, das Testament selbst nicht „in den für Aufnahme der Notariatsprotocolle bestimmten Formen", sondern vielmehr in den vom Civilrechte für die Errichtung von Privattestamenten vorgeschriebenen (gesetzlichen) Formen errichtet. Seine Giltigkeit hing nur von der Beobachtung dieser Förmlichkeiten, nicht von der Legalität und Beweiskraft des über die Errichtung des Testaments aufgenommenen Notariatsinstrumentes ab. Die notarielle Beurkundung konnte wegen eines Legalitätsmangels beweisunkräftig sein, ohne daß dadurch der Testiract selbst, seine Legalität vorausgesetzt, unwirksam wurde[15]). Denn sein Wesen beruhte eben nicht in der notariellen Urkunde, sondern in der Beobachtung der civilrechtlichen Solennitäten.

Haben nun aber schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die Worte: „ein Rechtsgeschäft in bestimmten Formen errichten" in der Regel die Bedeutung, daß die Beobachtung der bestimmten Form zur Errichtung, d. i. zum wirksamen Zustandekommen des betreffenden Rechtsactes gehören, bez. eine Voraussetzung seiner Existenz bilden soll, so hat man dieser Bedeutung im vorliegenden Falle um so mehr zu folgen, weil hier das Gesetz selbst vorschreibt, daß die Errichtung letzter Willen vor Notaren in den für die Notariatsprotocolle bestimmten Formen zulässig und wirksam sein soll, solchenfalls aber im Zweifel die Form als ein Giltigkeitserforderniß des Geschäftes selbst

15) Curtius a. a. O. Note b. c. und die das. Angef.

zu gelten hat, dessen Vernachlässigung die rechtliche Existenz desselben in Frage stellt[16]).

Geht man hiervon aus, so ist man mit Rücksicht auf die Art, wie sich der Gesetzgeber hierüber in den von ihm gebrauchten Worten ausspricht, doch wohl zu der Folgerung berechtigt, daß nach seiner Absicht das über die letzte Willenserklärung des Testators von dem Notar — unter Beobachtung der „für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen" (Cap. IV. der Notariatsordnung) — abgefaßte Protocoll selbst die wesentliche Form, das nothwendige Giltigkeitserforderniß dieser besondern Modalität der (notariellen) letzten Willenserrichtung sein, mithin auch die Adhibition blos zweier Zeugen (bez. eines zweiten Notars) zur Legalität derselben genügen soll.

Hiermit ist aber, dem bisherigen Rechte gegenüber, eine Neuerung eingeführt, mit welcher die Fortgeltung der Vorschrift in §. 93. der Notariatsordnung nicht vereinbar erscheint, indem nach der derselben zu Grunde liegenden zeitherigen Rechtsauffassung das über den in den Formen des Privattestamentes errichteten letzten Willen abgefaßte Notariatsinstrument kein Solennitätserforderniß des Testamentes selbst, sondern nur eine zur Sicherung des Beweises seiner legalen Errichtung dienende Urkunde war, also auch nicht gesagt werden konnte, daß solchenfalls der letzte Wille in den für die Abfassung des Notariatsprotocolls bestimmten Formen errichtet wurde[17]).

Adminiculirend für die bisher vertheidigte Meinung ist

2.

die im zweiten Satze des §. 2108. enthaltene Bestimmung, daß die Errichtung eines solchen (notariellen) letzten Willens erst mit Abschluß des Protocolls vollendet sein soll. Für dieses Erforderniß würde sich kaum ein plausibler Grund denken

16) Bürgerl. Gesetzbuch §. 824. v. Wächter, würtemberg. Privatrecht, II. S. 768.

17) Für die oben entwickelte Ansicht dürfte auch §. 2221. einen Stützpunkt bieten, indem hier von den mündlich errichteten letzten Willen der vor einem Notar errichtete als eine besondere Art und Modalität außergerichtlicher letzter Willenserrichtung unterschieden wird, — eine Partition, welche nach dem bisherigen Rechte, wo die notarielle Mitwirkung bei der Testamentserrichtung keinen Artunterschied der außergerichtlichen Testamentsformen begründete, unerfindlich sein würde.

lassen, wenn man annähme, daß das notarielle Testament nach wie vor lediglich an die im §. 93. der Notariatsordnung vorgeschriebenen Solennitäten des Privattestaments gebunden sei. Dasselbe wäre dem bisherigen Rechte gegenüber, welches dieses Requisit als ein Formerforderniß des Privattestamentes nicht kannte, eine durch das Gesetzbuch eingeführte Vermehrung, bez. Erschwerung der Solennitäten desselben, welche um so auffälliger sein würde, weil wenigstens im Allgemeinen die Tendenz des Gesetzbuchs dahin geht, die Formen der letzten Willenserrichtung thunlichst zu vereinfachen.

Dagegen erklärt sich der Grund, warum das Gesetzbuch zur Vollendung des Testiracts, zum giltigen Zustandekommen einer notariellen letzten Willenserrichtung, den Abschluß des Notariatsprotocolls verlangt, auf die einfachste und natürlichste Weise aus der bisher vertheidigten Auffassung, daß das Wesen und die Solennität des Notariatstestaments in der legalen Protocollaufnahme über die letzte Willenserklärung beruht. Sie erscheint unter dieser Voraussetzung als die nothwendige Consequenz der Grundsätze, welche die Notariatsordnung über die Vollzugserfordernisse eines ordnungsmäßigen Protocolls überhaupt aufstellt[18]).

2) Die aus der Entstehungsgeschichte des §. 93. der Notariatsordnung und des §. 2108. des Gesetzbuchs sich ergebenden Auslegungsmomente.

§. 3.

a) Zu §. 93. der Notariatsordnung.

Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, wie sie sich theils aus den dem Entwurfe der Notariatsordnung beigefügten Motiven, theils aus den landständischen Verhandlungen entnehmen läßt, ergiebt über Anlaß und Zweck derselben Folgendes:

a) Der den Ständen vorgelegte Entwurf ging zwar von dem Grundgedanken aus, eine Erweiterung des notariellen Geschäftskreises herbeizuführen, enthielt aber keine dieser Tendenz entsprechende Bestimmung hinsichtlich der Mitwirkung der Notare bei letzten Willenserrichtungen. Von der Zulassung „notarieller Testamente als einer besondern Form öffentlicher Testa-

18) Vergl. §§. 23. 27. Nr. 10. 11.

mente“[19]), wurde um deswillen abgesehen, weil dem bisherigen Rechte ein solches sogen. Notariatstestament nicht bekannt sei, und es nicht unbedenklich erscheine, ein in dieser Hinsicht für die Dauer giltiges neues Rechtsinstitut ohne gleichzeitige Normirung der dabei leitenden Grundsätze des materiellen Rechts zu schaffen, in letzterer Beziehung aber den in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmenden Vorschriften nicht vorgegriffen werden sollte[20]). Der Entwurf beschränkte, wie aus dessen Motiven hervorgeht, die Amtswirksamkeit der Notare auch bei Errichtung außergerichtlicher letztwilliger Verfügungen lediglich auf die Beurkundung des vor ihnen Verhandelten, verlangte dabei die genaue Beobachtung der Solennitäten des Privattestaments, und setzte außerdem dasjenige, was bisher nach Maßgabe der Notariatsordnung von 1512 über die Einrechnung des Notars und der Notariatszeugen in die Zahl der Testamentszeugen gegolten hatte, außer Wirksamkeit, so daß zur Errichtung einer außergerichtlichen letztwilligen Verfügung, auch wenn darüber ein notarielles Protocoll aufgenommen werden sollte, außer dem Notar und den Notariatszeugen die volle, zu einem solchen Testamente gesetzlich vorgeschriebene Zahl von Zeugen nöthig sein sollte[21]). Um den Consequenzen dieser Aenderung vorzubeugen, welche mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, die hierdurch vermehrte Zahl der erforderlichen Zeugen ohne Zeitverlust zu erlangen, dem

19) Reg.-Motive zur Notariatsordn. in d. Landtagsacten von 1857/58. Abth. I. Bd. 1. S. 509. — Versteht man unter öffentlichen Testamenten nicht bloß die gerichtlichen, sondern in einem allgemeineren Sinne überhaupt diejenigen, bei welchen die zur Solennisirung und Beglaubigung der Privattestamente erforderlichen Förmlichkeiten durch Kundgebung des Willens vor einer mit fides publica versehenen öffentlichen Autorität entbehrlich wird, so kann man in diesem Sinne nach dem Vorgange mancher Rechtslehrer (z. B. Unger, österreich. Erbrecht §. 12.) die vor Notaren errichteten, von diesen unter Beobachtung der für ihre beurkundende Thätigkeit vorgeschriebenen Formen aufgenommenen letzten Willen den öffentlichen beizählen, indem die darüber abgefaßte Urkunde gleiche Kraft hat, wie die gerichtlichen: Notariatsordnung §. 2. i. f. §. 3. Oesterreich. Notariatsordnung §. 59. Hannöv. Notariatsordnung §. 44. Vergl. übrigens Wetzell, System d. ord. Processes §. 24. Note 44 f. Renaud, Civilproceß S. 304. Osterloh, gem. ord. Proc. §. 149. Not. 4. Dessen ord. sächs. Proc. §. 266. Note 16. 17.

20) Landtagsmittheilungen 1857/58. II. K. Bd. 2. S. 1143.

21) Vergl. §. 93. des Entwurfes (§. 94. der Notariatsordnung). Landtagsacten von 1857/58. I. Abth. Bd. 1. S. 509.

practischen Erfolge nach die notarielle Amtsthätigkeit in dieser Beziehung nicht blos wesentlich beschränkt, sondern so gut wie lahm gelegt haben würde, wurden von der landständischen Deputation „verschiedene Vorschläge zur Erleichterung der Errichtung letztwilliger Verfügungen vor einem Notar und Zeugen" gemacht, diese jedoch schließlich (in Beachtung der Seiten der Regierung gegen die sofortige Einführung einer wesentlichen Neuerung geltend gemachten, oben ausgehobenen Bedenken) in dem Wunsche zusammengefaßt, „daß inmittelst wenigstens keine neue Beschränkung der Wirksamkeit der Notare eingeführt werden möge". Das Ergebniß dieser Vereinbarung ist der auf Antrag der Deputation unter Zustimmung der gesetzgebenden Factoren als Zusatzparagraph in den Uebergangsbestimmungen aufgenommene §. 93. der Notariatsordnung[22]).

b) Hiernach hatte derselbe nur den Character einer transitorischen, auf zeitweise Erhaltung des bisherigen Rechts der Notare berechneten Rechtsvorschrift, welche die allgemeinen Vorschriften über die für die Aufnahme der Notariatsprotocolle erforderlichen Formen (Cap. IV.) ganz unberührt ließ und die Entschließung darüber, ob der in der Notariatsordnung angebahnten Erweiterung der notariellen Befugnisse auch auf dem Gebiete des Testamentsverkehrs durch Zulassung von notariellen letzten Willen als einer besonderen Form außergerichtlicher „öffentlicher" Testamente volle Folge zu geben sei, lediglich dem Ermessen der damals in Thätigkeit begriffenen, mit der Revision des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuchs beauftragten Commission anheimstellte.

Für diese war daher dringender Anlaß gegeben, zu der gedachten, in der Notariatsordnung offen gelassenen Frage eine klare und bestimmte Stellung zu nehmen.

Sie konnte sich dabei der Erkenntniß nicht verschließen, daß, nachdem einmal die Notariatsordnung als Consequenz ihrer auf Ausdehnung und Steigerung der notariellen Amtsbefugnisse gerichteten Tendenz den Notaren bei andern, auf die belangreichsten Vermögensrechtsverhältnisse bezüglichen Rechtsgeschäften eine der gerichtlichen gleichkommende Wirksamkeit zugestanden

22) Vergl. Landtagsmittheilungen von 1857/58. II. K. Bd. 2. S. 1142 f. I. K. Bd. 2. S. 1073.

hatte[23]), es eine Inconſequenz, wenigſtens eine Lücke in der Geſetzgebung geweſen ſein würde, wenn den von Notaren über letztwillige Erklärungen in den allgemeinen legalen Formen abgefaßten Urkunden eine geringere Kraft und Glaubwürdigkeit, als den über andere vor ihnen verhandelte wichtige Geſchäfte aufgenommenen Protocollen hätte beigelegt werden ſollen. Die Reviſionscommiſſion war ſich auch dieſer ihrer Aufgabe völlig bewußt und ſuchte dieſelbe im Sinne größerer Selbſtſtändigkeit des Notariats zu löſen, indem ſie ſich für die Zulaſſung des ſogen. Notariatsteſtamentes, und zwar in der Bedeutung einer beſonderen, von den Privatteſtamenten verſchiedenen und mit öffentlicher Glaubwürdigkeit verſehenen Form außergerichtlicher letzter Willen entſchied.

§. 4.

Zu §. 2108. des bürgerl. Geſetzbuchs.

Dies ergiebt ſich aus den in den Protocollen der Reviſionscommiſſion hierüber enthaltenen Verhandlungen und Materialien[24]).

---

23) Siehe z. B. §. 2. Abſ. 1.

24) Wie verſchieden auch die Anſichten über die Bedeutung und den Werth ſolcher legislativer Vorarbeiten ſein mögen (vergl. Goldſchmidt in der Zeitſchrift für das geſammte Handelsrecht, Bd. X. S. 40 f.), ſo hat man in ihnen doch jedenfalls das wichtigſte Erkenntnißmittel des geſetzgeberiſchen Willens anzuerkennen (v. Wächter, Würtemberg. Privatrecht II. S. 135). Im vorliegenden Falle waren allerdings die Geſetzgebungsfactoren (Regierung und Ständekammern) nicht eine und dieſelbe Perſon mit den Entwurfsverfaſſern des Geſetzbuchs, vielmehr war der Entwurf, aus welchem beinahe durchaus unverändert das Geſetzbuch hervorgegangen iſt, eine ſelbſtſtändige Arbeit der zur Reviſion des erſten Entwurfs aus Abgeordneten der Königl. Sächſiſchen Regierung, der thüringiſchen Staaten und des Herzogthums Anhalt niedergeſetzten Commiſſion. Allein die Königl. Sächſ. Regierung erhob den revidirten Entwurf zur Geſetzesvorlage an die Ständekammern. Hieraus darf man ableiten, daß ihre Abſicht dahin ging, den Inhalt des Entwurfs, gleich als ob er von ihr ſelbſt verfaßt worden wäre, zum Geſetz werden zu laſſen. Da nun der andere Geſetzgebungsfactor dieſen Entwurf nur mit wenigen Abänderungen und Zuſätzen, von denen keine den §. 2142. (= §. 2108. des Geſetzbuchs) berührte, in der Hauptſache en bloc annahm, ſo erſcheint in Bezug auf die Vorſchrift im §. 2108. die Vorausſetzung, daß beide Geſetzgebungsfactoren ſich dieſelbe in dem nämlichen Sinne angeeignet, in welchem ſie von der Reviſionscommiſſion ausgeſprochen war, um ſo mehr als gerechtfertigt, weil eine Verſchiedenheit der Auffaſſungen des aus den gebrauchten Worten

Für die Kennzeichnung des principiellen Standpunktes, auf welchen sich die Commission bei Regelung des fraglichen Rechtsinstitutes stellte, sind zunächst,

1) was die bei Erörterung der Zulässigkeitsfrage der notariellen Testamente im Schooße der Commission kundgegebene Auffassung betrifft,

a) die für die Aufnahme dieses Institutes geltend gemachten Motive von Interesse, indem aus ihnen hervorgeht, daß bei Normirung der Vorschrift im §. 2108. die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging, den unter notarieller Mitwirkung aufzurichtenden letzten Willen lediglich die dem bisherigen Rechte, wie solches im §. 93. der Notariatsordnung provisorisch anerkannt war, geläufige Bedeutung einer an die Beobachtung der Formen des Privattestaments geknüpften letztwilligen Verfügung beizulegen, sondern vielmehr dahin, eine Erweiterung der notariellen Befugnisse in der Maße herbeizuführen, daß den „in Gemäßheit der Notariatsordnung (vergl. §. 5 f. der Notariatsordnung) ernannten" Notaren künftig das Recht zustehen solle, „in der ihnen durch die Notariatsordnung zugewiesenen Stellung unter den dort für ihre amtliche Thätigkeit vorgeschriebenen Formen letzte Willen aufzunehmen"[25]).

Zur Unterstützung dieses Antrags wurde besonders betont: „daß die Notariatsordnung ihre Entstehung eben der Ueberzeugung der Gesetzgebungsfactoren von einem Bedürfnisse der Erweiterung der Functionen der Notarien verdanke, daß die hierauf beruhende Ausdehnung der Notariatsbefugnisse durch die Notariatsordnung in einer Weise geschehen, welche es als eine

---

erkennbaren gesetzgeberischen Willens bei den zwischen den beiden Gesetzgebungsfactoren hierüber stattgefundenen Verhandlungen nirgends hervortrat. Besteht nun die Aufgabe der Interpretation darin, den Inhalt dessen, was der Gesetzgeber in den Worten der Gesetzesdisposition als gewollt erklärt hat, darzulegen, so wird man den hierüber in den Protocollen oder sonstigen Motiven von den Verfassern des Gesetzes ausgesprochenen unzweideutigen Erklärungen ein für die Auslegung maßgebendes Gewicht wenigstens dann beizulegen haben, wenn aus den vom Gesetzgeber gebrauchten Worten nicht hervorgeht, daß er damit ganz etwas Anderes, als sie irgend besagen oder besagen können, habe sagen wollen. Vergl. v. Wächter a. a. O. S. 145. und thüring.-sächs. Strafrecht, S. 113. Nr. 2. Goldschmidt a. a. O. S. 46. 47. 49 f.

25) Vergl. Protocolle 208. S. 47 f. 209. S. 50.

Lücke in der Gesetzgebung erscheinen lassen würde, wenn dieselben, während sie sich auf alle andere Rechtsgeschäfte, daher auch auf solche von unleugbar hoher Wichtigkeit erstrecken, rücksichtlich der Testamentserrichtung ausgeschlossen sein sollten", — ferner:

daß auch in vielen ausländischen Gesetzgebungen die Aufnahme von Testamenten in die Hände der Notarien gelegt sei[26]).

Sollte aber nach diesen Aeußerungen ja noch ein Zweifel darüber übrig bleiben können, ob mit der „Aufnahme letzter Willen unter den für die amtliche Thätigkeit der Notarien in der Notariatsordnung vorgeschriebenen Formen" habe ausgesprochen werden sollen, daß auch der vorschriftsmäßig (d. h. unter Beobachtung der für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über alle zum Geschäftsbereiche der Notare gehörenden Rechtsgeschäfte im Cap. IV. vorgeschriebenen Formen) erfolgten notariellen Protocollirung einer letzten Willenserklärung die gleiche Wirkungskraft zukommen solle, wie solche einem mündlich zu gerichtlichem Protocoll dargelegten letzten Willen beiwohne[27]), — so muß auch dieser Zweifel schwinden, wenn man

b) die Meinungsäußerungen in Betracht zieht, durch welche die Commission ihre Auffassung des Verhältnisses solcher notariellen Testamente zu den gerichtlichen und außergerichtlichen letzten Willen präcisirte. Es wurde in dieser Hinsicht ausdrücklich hervorgehoben:

> „daß das Notariatstestament in dem vom Notar auf Grund des in Gegenwart der beiden Notariatszeugen erfolgten Anbringens des testaturus aufgenommenen Protocolle bestehe[28]), mit dessen Beendigung der Act des Testirens zum Abschluß gebracht sei,"

---

26) Protocolle 209. S. 51—53. — Die meisten der hier in Betracht kommenden ausländischen Gesetzgebungen kennen aber die Notariatstestamente als eine besondere Form von zwar außergerichtlichen, aber den gerichtlichen an Glaubwürdigkeit und Wirkungskraft gleich geltenden letzten Willen: vergl. Hannöv. Notariatsordnung §. 44. und über das österreich. Recht Unger a. a. O. — Aus dem Gesichtspunkte öffentlicher Testamente wird das Notariatstestament nach französischem Rechte aufgefaßt von Marcadé und Mourlon (ed. Pfaff), Abriß des franz. Civilrechts, Bd. I. S. 364.

27) Notariatsordnung §. 2. Abs. 2. §. 3.

28) Das Gesetzbuch kennt denn auch das notarielle Testament nur als mündliches. Die das Wesen dieses (einseitigen) Rechtsgeschäfts (vergl.

und hieraus gefolgert:

„daß daſſelbe, wenn ſchon den außergerichtlichen Teſtamenten beizuzählen, doch keineswegs als bloßes Privatteſtament zu betrachten, vielmehr eine dem hohen

---

§. 2061. des bürg. Geſetzb. verb. mit §. 1. der Notariatsordn.) bildende „Aufnahme des Protocolls über den letzten Willen" ſetzt die vollſtändige Mittheilung ſeines Inhalts an den Notar und die Notariatszeugen voraus: „Aufnahme des Teſtaments" iſt nuncupative Erklärung des letzten Willens zu Protocoll (N.-O. arg. §§. 14. 27. Nr. 9 f. §. 38 f.). Es geht mithin daſſelbe in dieſer Hinſicht ſowohl dem mündlichen gerichtlichen letzten Willen, als dem außergerichtlich errichteten mündlichen Privatteſtamente (§§. 2094. 2106.) parallel (Protoc. 210. S. 36), unterſcheidet ſich aber von dieſem beſonders durch das ihm mit dem gerichtlichen letzten Willen gemeinſame Merkmal, daß die zur Solenniſirung des privaten letzten Willens erforderliche Zeugenzahl (§. 2100. Abſ. 1.) durch die Mitwirkung einer mit fides publica ausgeſtatteten öffentlichen Autorität erſetzt und hierdurch die volle Giltigkeit und Beweiskraft des ſo aufgerichteten letzten Willens hergeſtellt wird (Notariatsordnung §. 2. i. f. §. 3.). Dagegen unterſcheidet ſich das Notariatsteſtament vom gerichtlichen testamentum publicum, mag daſſelbe durch Uebergabe in einer Schrift (§. 2092 f.), oder durch mündliche Erklärung zu Protocoll (§. 2094.) errichtet ſein, unter Anderm a) dadurch, daß z. B. ein Tauber, wenn er nicht leſen kann, überhaupt unfähig iſt, mündlich vor Gericht zu teſtiren (ſ. Motive zu §. 2095. in Siebenhaar's Commentar ad h. l.), weil die zur Giltigkeit des Teſtiracts weſentliche Vorleſung des Protocolls, bez. deſſen Vorlegung zum Selbſtdurchleſen unausführbar iſt, daß dagegen bei notarieller Errichtung eines ſolchen Teſtamentes dieſes Hinderniß wegen der in der Notariatsordnung §§. 39. 41. ſolchenfalls gegebenen Füglichkeit, eine Vertrauensperſon zuzuziehen, ſich erledigt; b) dadurch, daß die Errichtung des Notariatsteſtaments nur in der Form mündlicher Darlegung des letzten Willensinhaltes zu notariellem Protocoll realiſirbar iſt, während die Errichtung eines gerichtlichen letzten Willens auch durch die in legaler Weiſe vollzogene Niederlegung des vorher außergerichtlich niedergeſchriebenen letzten Willens in Gerichtshand vollzogen werden kann. Denn mögen ſich auch dagegen, daß die Anwendbarkeit dieſer Modalität gerichtlicher Teſtamentserrichtung auf die vor Notaren zu errichtenden letzten Willen im Geſetzbuche ausgeſchloſſen wurde, ſowie gegen den zu Grunde liegenden Gedanken, daß die bloße Niederlegung und Aufbewahrung eines anderweit ſchriftlich aufgeſetzten letzten Willens im Archiv des Notars auf deſſen Giltigkeit keinen Einfluß zu äußern vermöge, manche Bedenken erheben laſſen (ſ. Hermann a. a. O. Nachträge S. 14. Nr. 4.), ſo beruht die in dieſer Hinſicht unterbliebene Gleichſtellung des ſchriftlichen und mündlichen Teſtamentes doch nicht auf einem „Ueberſehen", ſondern wie die desfallſigen Beſchlüſſe der Reviſionscommiſſion (Protoc. 209. S. 54—57. 210. S. 36.) ergeben, auf völlig bewußter Ueberlegung.

Grade des den Notarien geſchenkten Vertrauens entſprechende publica fides in Anſpruch zu nehmen berechtigt ſei“[29]).

2) In dieſer ſelbſtſtändigen Bedeutung, nicht blos in der bisherigen Function eines unter der Beobachtung der civilrechtlichen Formen der Privatteſtamente des Beweiſes wegen abzufaſſenden Notariatsinſtruments, wurde die Zulaſſung notarieller letzter Willen, als eines neuen, dem bisherigen Rechte unbekannten Rechtsinſtitutes, für das bürgerl. Geſetzbuch von der Commiſſion beſchloſſen[30]) und dieſen Beſchlüſſen in folgenden, als Grundlage für die künftige Redaction formulirten Sätzen, aus welchen der §. 2108. des Geſetzbuchs hervorging, einſtimmiger Ausdruck gegeben[31]):

a) „Den in Gemäßheit der Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 ernannten Notaren ſteht das Recht zu, über die Errichtung letzter Willen Protocolle aufzunehmen.“

b) „Die Gegenwart des Notars und der Notariatszeugen oder des ſtatt derſelben zugezogenen zweiten Notars[32]) erſetzt ſolchenfalls die Stelle der Teſtamentszeugen. Im Uebrigen finden die Vorſchriften wegen außergerichtlicher letzter Willen auch auf die vor Notaren errichteten Anwendung“[33]).

Daneben ſoll im Geſetzbuche noch ausgeſprochen werden:

c) „daß die in der Notariatsordnung für die notarielle Beurkundung von Rechtsgeſchäften überhaupt vorgeſchriebenen Formen auch für die notarielle Teſtamentsaufnahme maßgebend ſeien, — daß das Weſen dieſer letztern in der Aufnahme des Protocolls über die letztwillige Erklärung beſtehe[34]), und daher der actus testandi mit dem Abſchluſſe des Protocolls beendigt ſei“[35]).

---

29) Protocolle a. a. O. S. 53. 54.

30) Protocolle a. a. O. S. 57.

31) Protoc. 210. S. 34.

32) Alſo nach Maßgabe des §. 16. im Cap. IV. der Notariatsordnung.

33) So z. B. hinſichtlich des im §. 2100. Abſ. 2. vorgeſchriebenen Erforderniſſes der unitas actus.

34) S. §. 2108. Abſ. 1.

35) S. §. 2108. Abſ. 2.

Die vorstehend mitgetheilten Sätze lassen mit Bestimmtheit erkennen, daß die Gesetzesverfasser das Wesen der notariellen letzten Willenserrichtung in das auf Grund des, in Gegenwart des Notars und der (die Stelle der Testamentszeugen ersetzenden) Notariatszeugen[36]) erfolgten Anbringens des testaturus legal aufgenommene Protocoll verlegten, daß das über die letztwillige Erklärung abgefaßte Notariatsprotocoll die wesentliche Beglaubigungs- und Solennitätsform solcher letzter Willen sein und eine den gerichtlichen Urkunden gleichstehende publica fides genießen[37]), und daß durch die gehörige Beobachtung der in der Notariatsordnung für die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften überhaupt vorgeschriebenen Formen die Beobachtung der Formen des Privattestaments, wie solche nach dem bisherigen Rechte zur Giltigkeit der letzten Willenserrichtung vor Notaren erforderlich war, künftig entbehrlich werden sollte.

Es wird nach alledem das im §. 2. mit Hülfe sprachlicher und logischer Hülfsmittel gewonnene Auslegungsergebniß durch die in den legislativen Vorarbeiten und Meinungsäußerungen der Gesetzesverfasser enthaltenen Erkenntnißquellen des Sinnes der einschlagenden Vorschriften in allem Wesentlichen bestätigt.

Auch wird man nicht bezweifeln können, daß die von den Gesetzesverfassern in den gedachten legislativen Vorarbeiten und Berathungsprotocollen über den Sinn des §. 2108. kundgegebene Willensmeinung als der in den Gesetzesworten publicirte Wille der gesetzgebenden Gewalt zu betrachten ist. Denn die Vorschrift in §. 2108. wurde mit dem aus den Arbeiten der Revisionscommission hervorgegangenen Entwurfe von der Regierung zur Gesetzesvorlage erhoben und von den Landständen unverändert und ohne weitere Erklärung angenommen, die in den Protocollen ausgesprochenen Motive der Gesetzesverfasser aber sind unzweideutig, und die Gesetzesworte selbst bieten in keiner Weise für die Voraussetzung einen Anhalt, daß der Gesetzgeber damit etwas ganz Anderes habe sagen wollen, als sie wirklich irgend besagen oder besagen können[38]).

---

36) Notariatsordnung §. 16.

37) Notariatsordnung §. 2. 3.

38) S. Note 24. und Goldschmidt a. a. O. S. 50. v. Wächter, W. Privatrecht S. 145. und Dessen Thüring. u. Sächs. Strafrecht S. 113.

Von den vorstehenden Grundlagen aus mag endlich auch noch

3) die nicht zweifellose Frage eine kurze Besprechung finden, ob die im §. 2108. den Notaren ertheilte Befugniß, in dem bisher vertheidigten Sinne letzte Willen unter bloßer Beobachtung der für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen zu errichten, auch auf diejenigen Notare zu erstrecken sei, auf welche die im §. 90. der Notariatsordnung enthaltene Bestimmung Anwendung leidet.

Auf den ersten Anblick scheint der allgemein lautende Ausdruck „vor Notaren" für die bejahende Auffassung eine Handhabe darzubieten.

Allein bei näherer Erwägung des Verhältnisses, in welchem der §. 2108. des Gesetzbuchs zu dem §. 90. der Notariatsordnung steht, und der hierüber in den Protocollen ausdrücklich ausgesprochenen Intentionen der Gesetzverfasser dürfte doch zu einem jener buchstäblichen Auffassung günstigen Resultate nicht zu gelangen sein, vielmehr diejenige Ansicht als die begründetere sich darstellen, welche die fragliche Befugniß auf die zur Ausübung der Notariatspraxis in vollem, durch die Notariatsordnung bestimmten Umfange berechtigten Notare beschränkt.

Die Notariatsordnung verdankt zwar, wie bereits bemerkt, ihre Entstehung der Ueberzeugung der Gesetzgebungsfactoren von einem Bedürfnisse nach Erweiterung der notariellen Amtsbefugnisse. Jedoch sollten die Beschränkungen des Notariats, welche das Mandat vom 1. März 1804 eingeführt hatte, nur rücksichtlich der in Gemäßheit der Notariatsordnung vom Justizministerium ernannten Notare wegfallen, und überhaupt nur diesen die volle Ausübung aller durch die Notariatsordnung ertheilten amtlichen Befugnisse zukommen[39]). Dagegen wurde hinsichtlich der bis zum Inkrafttreten der Notariatsordnung bereits immatriculirten Notare lediglich der status quo ante aufrecht erhalten, aber von jeder Erweiterung der ihnen durch die bisherige Gesetzgebung gezogenen Grenzen ihrer Amtswirksamkeit abgesehen.

Das gemeinrechtliche Notariat, welches — freilich mit manchen durch die Landesgesetzgebung geschaffenen Modificationen — bis zum Erscheinen der Notariatsordnung in Sachsen die Grund-

39) S. Motive zum Entwurfe der Notariatsordnung. Landtagsacten 1857/58. Abth. 1. Bd. I. S. 509.

lage des Notariatswesens gebildet hatte, erreichte mit diesem Gesetze die Endschaft seiner weiteren Entwickelungsfähigkeit. Neue Notare von solchen beschränkteren Befugnissen konnten seitdem nicht mehr entstehen. Das Maß ihrer Competenz war auf das ihnen durch die Notariatsordnung gelassene Maximum abschließend festgestellt[40]). Nur die in Gemäßheit der Notariatsordnung von der obersten Justizaufsichtsbehörde zur Ausübung der Notariatspraxis autorisirten („ernannten") Notare sind des vollen Inhalts der mit dem Notariatsamte nach der Notariatsordnung verbundenen Amtsbefugnisse theilhaftig, nur das auf diesem Wege erlangte Notariat (neuer Ordnung) ist hinfort als Basis der weiteren Entwickelung und Ausdehnung dieses Institutes zu betrachten.

Nun standen sich zwar diese beiden Klassen von Notaren, wie sie die Notariatsordnung ins Dasein gerufen, in Bezug auf ihre Befugniß bei Testamentserrichtungen mitzuwirken, in Gemäßheit der Vorschrift im §. 93. einander gleich; die mit dem vollen Umfange der Notariatsbefugnisse ausgestatteten Notare waren in dieser Hinsicht ganz den nämlichen Vorschriften unterworfen, wie sie für die Notare des ältern Rechts bestanden, weil das bisherige Recht ein notarielles Testament als eine besondere Form letzter Willen überhaupt nicht kannte.

Allein hieraus darf mit Rücksicht auf das fixirte Maß von Befugnissen, durch welches das ältere Notariat dem durch Ernennung entstandenen gegenüber definitiv beschränkt war, doch wohl nicht ohne Weiteres gefolgert werden, daß nun auch jede Erweiterung der notariellen Amtswirksamkeit, welche im Laufe der Zeit durch die Gesetzgebung den Notaren (ohne ausdrückliche Beschränkung auf die „ernannten") zu Theil wurde, ipso jure auch an die älteren Notare als mitverliehen angesehen werden müsse. Wenn daher das bürgerl. Gesetzbuch durch Einführung des sogenannten Notariatstestamentes den Notaren hinsichtlich ihrer Mitwirkung bei letzten Willenserrichtungen gegen das bisherige Recht ein Plus von amtlichen Befugnissen einräumt, so hat man diese Erweiterung präsumtiv doch wohl nicht auf diejenige Klasse von Notaren zu beziehen, welche überhaupt nach dem Gange unserer bisherigen Gesetzgebung und den der Notariatsordnung zu Grunde liegenden Tendenzen ein- für allemal auf ein

40) Notariatsordnung §. 90. und Motive dazu a. a. O. S. 537.

geschlossenes Maximum von Befugnissen angewiesen war. Dies um so weniger, weil das bürgerl. Gesetzbuch bekanntlich die öffentlich rechtlichen, die Justizverfassung betreffenden Gesetze unberührt ließ[41]), und es daher um so unwahrscheinlicher ist, daß dasselbe bei der civilrechtlichen Regelung eines dem bisherigen Rechte unbekannten Institutes eine principiell immerhin so wichtige Aenderung des durch die Notariatsordnung begründeten Unterschiedes in der Rechtsstellung der älteren und neueren Notare, wie sie in der Erstreckung des durch §. 2108. gewährten Rechts zu selbstständiger Testamentserrichtung liegen würde, nur implicite und beiher habe einführen wollen.

Diese Auffassung entspricht auch demjenigen Standpunkte, welchen die Verfasser des Gesetzes, bez. die gesetzgebenden Factoren[42]), dieser Frage gegenüber einnahmen.

Derselbe wird deutlich erkennbar schon durch die Fassung des oben angeführten formulirten Antrags sub a., indem hier die Befugniß zur notariellen Testamentsaufnahme auf die „in Gemäßheit der Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 ernannten Notare" beschränkt wird.

Noch bestimmter und entschiedener aber wird er in folgender, jenen Worten zur Erläuterung hinzugefügten Bemerkung ausgesprochen[43]): „man erachte durch die fraglichen Sätze ... zugleich ausreichend angedeutet, daß von solchen Notaren, welche in Gemäßheit früherer Bestimmungen über das Notariat zu demselben admittirt worden, aufgenommene Testamente nur als gewöhnliche Privattestamente, mithin nur unter der Voraussetzung, daß die volle Zahl der dazu gesetzlich erforderlichen Zeugen ... adhibirt worden, als zu Recht beständig zu betrachten seien."

Faßt man nun die vorstehenden Auslegungsmomente zusammen, so gelangt man hinsichtlich der oben aufgeworfenen Frage zu dem Resultate, daß der §. 93. der Notariatsordnung für die zur Ausübung der Notariatspraxis in ihrem vollen, durch die Notariatsordnung bestimmten Umfange berechtigten Notare durch die Bestimmung im §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs als aufgehoben

41) Siebenhaar, Commentar, 2. Aufl. S. 3.
42) S. oben Note 24. und 38.
43) Protocolle 210. S. 36.

zu betrachten ist, während er für letzte Willenserrichtungen vor solchen Notaren, auf welche der §. 90. der Notariatsordnung Anwendung leidet, nach wie vor normative Geltung behält.

Die vorstehenden Bemerkungen machen keinen Anspruch darauf, die Lehre vom notariellen letzten Willen in der diesem vom Gesetzbuche gegebenen Gestalt nach allen Seiten hin zu erschöpfen. Ihr aus einem wissenschaftlichen Interesse an einer practisch bedeutsamen Frage hervorgegangener Zweck besteht lediglich darin, einen auf exegetischer Grundlage beruhenden Beitrag zur Lösung der Zweifel zu liefern, welche über die rechtliche Bedeutung der notariellen letzten Willen in Theorie und Praxis hervorgetreten sind, und dadurch sachkundige, auf den einschlagenden Rechtsgebieten practisch vielleicht besser erfahrene Männer zu einer weiteren Prüfung des Gegenstandes anzuregen.

Präjudizien.

96.

Die Mutter, deren Tochter ohne Berechtigung vom Ehemanne getrennt lebt, ist nicht befugt, von dem Letztern zur Unterhaltung ihrer Tochter für die Zukunft einen Beitrag zu verlangen.

„Klägerin hat Bl. — selbst angeführt, daß ihre Tochter, Beklagtens Ehefrau, auf des Letzteren Antrag von dem zuständigen Ehegerichte verurtheilt worden sei, die Ehe mit ihm fortzusetzen, und daß das Ehegericht, da ihre Tochter gleichwohl in Niederlungwitz verblieben, dieselbe, wiewohl vergeblich, mit den gesetzlich zulässigen Strafen belegt habe, um sie zu der Rückkehr zu Beklagtem zu vermögen. Es geht also aus dem eigenen Zugeständnisse der Klägerin hervor, daß deren Tochter ohne Berechtigung von Beklagtem, ihrem Ehemanne, getrennt lebt.

Hiernach ist so viel gewiß, daß, so lange als dieses unberechtigte Getrenntleben stattfindet, der Klägerin Tochter Alimente von Beklagtem nicht würde fordern können.

Denn, wenn schon nach §. 1634. des bürgerl. Gesetzbuchs der Ehemann verpflichtet ist, seine Ehefrau auf eine, seinem Stande und seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Weise zu unterhalten, so ist doch diese Verbindlichkeit zu Gewährung des Unterhalts keine selbstständige, sondern eine aus dem ehelichen Zusammenleben fließende und von diesem abhängige, dergestalt, daß die Ehefrau wenigstens in der Regel nur bei dem Ehemanne, d. h. unter der Voraussetzung, daß sie ehelich mit ihm zusammenlebt, Anspruch auf Verabreichung des Unterhalts hat.

Vgl. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung. N. F. Bd. 31. S. 281 f.

Eine Ausnahme kann, abgesehen von dem Falle, wenn die Ehefrau sich mit Bewilligung des Ehemannes an einem andern Orte aufhält, allerdings nach Befinden dann eintreten, wenn eine ernstliche Gefahr für ihr Wohl, insbesondere für ihr Leben oder ihre Gesundheit eine Weigerung der Ehefrau, dem Ehemanne an seinen Wohnsitz zu folgen, rechtfertigt. Allein, daß hier keiner dieser Ausnahmefälle vorliegt, erhellt eben daraus, daß nach dem Obigen Kläger verlangt hat, seine Ehefrau solle zu ihm zurückkehren, und daß das Ehegericht die Letztere verurtheilt hat, diesem Verlangen Folge zu leisten.

Würde nun aber der Klägerin Tochter so, wie die Sache jetzt liegt, nicht befugt sein, von Beklagtem Gewährung des Unterhalts anderswo als in seiner Wohnung zu fordern, so liegt es auf der Hand, daß auch Klägerin nicht berechtigt ist, von Beklagtem zur Unterhaltung ihrer Tochter für die Zukunft einen Beitrag zu verlangen.

Denn ein solcher Anspruch würde sich überhaupt nur mit Rücksicht auf die Grundsätze über die negotiorum gestio formiren lassen, und von einer negotiorum gestio kann, ganz abgesehen noch davon, daß Forderungen aus einer solchen für die Zukunft kaum denkbar sind, in Fällen der vorliegenden Art eben nicht die Rede sein.

Die von der Klägerin Bl. — bewirkte Bezugnahme auf die Vorschrift in §. 1355. des bürgerl. Gesetzbuchs, wornach der Geschäftsführer, wenn er Personen Unterhalt verabreicht hat, zu deren Erhaltung der Geschäftsherr verpflichtet war, Erstattung der Verwendungen selbst dann fordern darf, wenn der Geschäftsherr ihm die Geschäftsführung verboten hat, entbehrt offenbar alles Grundes, indem diese Bestimmung selbstverständlich und, wie schon ihr Wortlaut lehrt, immer wieder voraussetzt, daß für den Geschäftsherrn eine Verbindlichkeit, derjenigen Person, welche der Geschäftsführer alimentirt hat, seinerseits Unterhalt zu gewähren, wirklich bestanden hat, eine solche Verbindlichkeit aber auf Seiten des Ehemannes, der eigenmächtig von ihm getrennt lebenden Ehefrau gegenüber, wie gezeigt, in der Regel nicht besteht.

Ebensowenig ist abzusehen, wie Klägerin nach Bl. — glauben könne, daß aus den Bestimmungen in §§. 1680. 1750. 1751. und 1759. des bürgerl. Gesetzbuchs zu ihren Gunsten sich etwas ableiten lasse.

Denn die Vorschrift in §. 1680., wornach der durch den Unterhalt der Ehefrau im Gefängnisse verursachte Aufwand in Ermangelung eigenen Vermögens derselben aus dem des Ehemannes zu bezahlen sein soll, ist eine singuläre, zu Gunsten des Staatsfiscus getroffene, welche überdies voraussetzt, daß, wie hier nicht der Fall (vgl. Bl. —), die Ehefrau nicht selbst Vermögen besitzt, und bei einer freiwilligen Trennung der Ehefrau von dem Ehemanne unter allen Umständen nicht maßgebend sein kann. In gleicher Weise handeln

die §§. 1750. 1751. und 1759. von der Verpflichtung zu Gewährung des Unterhaltes in Fällen, von denen gegenwärtig keiner vorliegt.

Das angefochtene Urthel war daher lediglich zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verw. Burckhardt ÷ Schmidt, vom 23. Novbr. 1869. — Ger.-Amt Glauchau.)

97.

Kaufleute haben die in ihren Processen erkannten, auf die von ihrem Procuraträger besorgten Geschäfte bezüglichen Eide selbst zu leisten.

„Die Kläger ziehen Bl. — zur weiteren Beschwerde den Umstand, daß die Bl. — erkannten Eide von ihnen persönlich und nicht vielmehr von ihrem Procuraträger, welcher auch die Klage erhoben hat, abgeleistet werden sollen. Nach Art. 42. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs ermächtige die Procura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe. Darunter müsse auch die Eidesleistung in Processen gerechnet werden, und zwar im vorliegenden Falle um so gewisser, je ferner sie für ihre Person den Geschäftsabschlüssen gestanden hätten. Die ihnen angesonnene Eidesleistung erscheine als eine geistige Tortur.

Dem ist jedoch in keiner Weise beizustimmen. Vorerst beschränkt sich schon nach Art. 42. die Ermächtigung des Procuristen auf Rechtshandlungen, „*welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.*" Die Proceßführung und die Eidesleistungen in Processen gehören aber nicht zu dem Betriebe des Handelsgewerbes, sondern sind nur zufällige und meist unliebsame Folgen des Handelsbetriebes. Außerdem handelt der Procurist bei Abschluß der Handelsgeschäfte immer blos als Vertreter seiner Principale, er besorgt nicht eigene, sondern fremde Geschäfte, und Art. 52. des Handelsgesetzbuchs hat daher ganz mit Recht den Grundsatz aufgestellt, daß zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten das (für die Firma abgeschlossene) Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugt. Besorgt also der Procurist lediglich die Geschäfte der Firma, handelt er als Vertreter seiner Principale und ersetzt er dadurch ihre eigene Thätigkeit in Ausübung des Geschäftsbetriebes, so können die von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen von den Principalen nicht einmal als *fremde* Handlungen im eigentlichen, rechtlichen Sinne des Wortes angesehen werden. Die Principale müssen in dieser Hinsicht ihren Procuristen vertreten, sie müssen und sollen auch wissen, was in ihrem eigenen Geschäfte vorgeht und welche Rechtshandlungen der Procurist für sie und in ihrem Auftrage Behufs des Geschäftsbetriebes vornimmt. Tritt nun ein solcher Procurist klagend auf, so ist er keinesweges als dominus litis zu behandeln, sondern er führt immerhin blos als Vertreter der Firma einen fremden Proceß, einen Rechtsstreit

der Firma. Er muß sich also auch zum Processe legitimiren, wie dies denn auch durch die Klagbeilage Z. Bl. — im vorliegenden Falle geschehen ist.

Nach allen diesen Erwägungen liegt kein ausreichender Grund vor und ist aus den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs auch nicht abzuleiten, daß für Kaufleute, welche einen Procuristen für den Geschäftsbetrieb der Firma aufstellen, von der allgemeinen Regel, wornach der Geschäftsherr die in Processen erkannten und auf das vom Auftragnehmer für den Auftraggeber besorgte Geschäft bezüglichen Eide selbst zu leisten hat, eine Ausnahme gemacht werden müßte. Faßt man die Eideszuschiebung oder Zurückgabe in einem solchen Processe als die Provocation auf die Gewissenhaftigkeit des Geschäftsherrn auf, indem die Entscheidung der Sache in das Gewissen desselben gestellt wird, so liegt darin ein Act des Vertrauens, gewissermaßen eine Berufung auf das eigene eidliche Zeugniß des Geschäftsherrn. Deshalb kann aber dem Gegner nicht wider Willen aufgenöthigt werden, mit der Eidesleistung des Beauftragten sich zu begnügen. Man vergl. hierüber

Anschütz und von Völderndorff, Commentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuche zu §. 42. Bemerk. 2. b. Bd. I. S. 324 und fg.

Die Kläger können mithin auch im vorliegenden Falle von der eigenen Eidesleistung nicht entbunden werden und die Bezugnahme auf eine gegen sie geübte geistige Tortur kann daran nichts ändern, da der Gefährdeeid, welcher gegen derartige Vexationen früher schützen sollte, bereits durch das Gesetz vom 19. Februar 1838 §. 1. aufgehoben worden ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Sahrer von Sahr und Gen. ÷ Rißmann, vom 30. Novbr. 1869. — Hand.-Ger. im Bez.-Ger. Mittweida.)

98.

Verzug des Grundstückskäufers in Erfüllung des Kaufs als Ursache der vor der Kaufsvollziehung eingetretenen Zwangsversteigerung des verkauften Grundstücks. — Wirkungen dieser mora unter den Kaufsinteressenten. (Zu §§. 721. 745. 761. des bürgerl. Gesetzbuchs.)

„Der Beklagte hat sich nach Inhalt der Kaufsurkunde Bl. — §. 1. beschieden, daß die hypothekarischen Forderungen, zu deren Berichtigung er sich dem Kläger gegenüber verpflichtet, sofort zahlbar seien; es lag ihm also auch,

vergl. §. 1402. in Verbindung mit §. 1405. des bürgerl. Gesetzbuchs,

ob, die bereits bis zur Einleitung der Zwangsversteigerung ausgeklagte Forderung der verw. M. alsbald nach seiner Eintragung als

Eigenthümer des erkauften Grundstücks zu bezahlen, soweit er sich dazu in §§. 1. 2. der Kaufsurkunde verbindlich gemacht hatte. Der Kläger hat, wie sich aus der übereinstimmenden Angabe beider Theile ergiebt, das Seinige zur Ausführung dieses Kaufes gethan, indem er bereits am Tage nach dessen Abschlusse die schriftliche Urkunde bei der Grund- und Hypothekenbehörde eingereicht und die Letztere auf seinen Antrag den 3. November 1865 zur Vortragung des Kaufs anberaumt hatte. Daß der Eintragung des Beklagten als Eigenthümer des erkauften Grundstücks ein Hinderniß von Seiten Verkäufers oder dritter Personen entgegengestanden, oder daß der Kläger sich geweigert habe, die am Tage der gerichtlichen Vortragung zu bewirkende Uebergabe zu vollziehen, hat Beklagter nicht behauptet. Auch sind nach den Bl. — der Acten Rep. I. Lit. L. No. 245. in beglaubigter Form befindlichen Folienauszügen auf dem Folium des verkauften Grundstückes andere als die dem Beklagten überwiesenen Forderungen oder Beschränkungen des Klägers in der Verfügung über das Grundstück, als dessen Eigenthümer er eingetragen war, nicht verlautbart gewesen. Die zur Zeit des Kaufsabschlusses bereits beantragte, aber nach Bl. — derselben Acten erst am 19. December 1865 durch Consignation und Taxation eingeleitete und am 12./13. Januar 1866 zum ersten Male in den öffentlichen Blättern bekannt gemachte Zwangsversteigerung des verkauften Grundstücks würde die Realisirung des Kaufes nicht verhindert haben, wenn der Beklagte seiner Verpflichtung entsprochen, die ausgeklagte Forderung der verw. M. sammt den vom Tage der Uebergabe an fällig gewordenen Zinsen bezahlt und die zu derselben Zeit fälligen 600 Thlr. Kaufgelder bezahlt hätte. Denn dadurch würde der Kläger vollkommen in den Stand gesetzt worden sein, die von dem Beklagten nach §. 2. der Kaufsurkunde nicht mit übernommenen älteren vertragsmäßigen und auch den diese übersteigenden Betrag der Verzugszinsen nicht blos an die verw. M., sondern auch an den zweiten Hypothekengläubiger L. zu bezahlen, und die in der M.schen Klagsache erwachsenen, noch unberichtigten Kosten zu decken, oder dem Beklagten die hierzu erforderliche Summe von jenen 600 Thlrn. innezulassen. Die Richtigkeit dieser Berechnung ergiebt sich sofort, wenn man die Gesammtbeträge der Zinsen berücksichtigt, welche nach Bl. — diese beiden Gläubiger bis zum 11. Juni 1866 zu fordern hatten, und davon den Betrag der von dem Beklagten übernommenen Zinsen in Abrechnung bringt.

Der auf den 3. November 1865 anberaumte Termin ist nun aber nach Bl. — der Proceßacten auf einseitigen Antrag des Beklagten auf den 20. November dess. Jahres verlegt worden. Hierbei hat ihm das Gerichtsamt nicht blos zu erkennen gegeben, daß auf Zwangsversteigerung des fraglichen Grundstücks angetragen worden sei, sondern auch nach Bl. — der angezogenen Beilagsacten in Berücksichtigung des obigen Antrags die bereits angeordnete Consignation bis zum 19. Dec. 1865 beanstandet. Auch am 20. Nov. 1865,

und selbst später noch und bis zu der am 19. März 1866 erfolgten Zwangsversteigerung hätte daher die Vollziehung des Kaufes recht wohl bewirkt und die Zwangsversteigerung abgewendet werden können; allein am 20. Nov. 1865 erschien Beklagter abermals nicht zum Kaufstermine, indem er schriftlich bat, den Termin anderweit auf unbestimmte Zeit zu vertagen. Hierauf hat Kläger ungesäumt und unter dem Erbieten zur seinerseitigen Erfüllung des Vertrages eine Klage gegen den Beklagten erhoben, in Folge deren der Letztere in erster Instanz nach Bl. — der Beilagsacten Rep. I. Lit. W. No. 147. zur Erfüllung des fraglichen Kaufvertrages verurtheilt worden ist. Dieser Bescheid ist noch über einen Monat vor der Zwangsversteigerung publicirt und dem ungehorsam ausgebliebenen Beklagten mindestens am 1. März 1866 bekannt geworden; auch hatte der Kläger den Beklagten durch eine dem Letzteren am 7. Febr. 1866 gerichtlich zugefertigte Eingabe (Bl. — der Proceßacten) noch besonders von der bevorstehenden Zwangsversteigerung mit der Erklärung benachrichtigt, daß er nicht im Stande sei, dieselbe durch Zahlung abzuwenden.

Nach diesen, bereits von der vorigen Instanz richtig gewürdigten Vorgängen ist es nicht zweifelhaft, daß die nunmehr eingetretene Zwangsversteigerung des verkauften Grundstücks ein Ereigniß ist, welches, im Verhältnisse des Beklagten zum Kläger, durch den Verzug des Ersteren in der Erfüllung des mit dem Letzteren abgeschlossenen Kaufes verursacht worden ist, und dessen Folgen daher nicht den Kläger, sondern den Beklagten treffen. Es erhellt aber auch aus dem vorstehend Gesagten, daß der Beklagte sich nicht etwa darauf beziehen kann,

vergl. §. 749. des bürgerl. Gesetzbuchs,

daß dieses Ereigniß auch ohne jenen Verzug hätte eintreten müssen. Der Einwand des Beklagten, daß der Kläger nach §. 761. des bürg. Gesetzbuchs nicht auf Schadenersatz, sondern auf den eigentlichen Gegenstand der Forderung zu klagen gehabt hätte, und daß die Erfüllung des Kaufvertrages in der Hauptsache auch auf Seiten des Klägers noch möglich sei, ist unbegründet. Denn es ist die vorliegende Klage, wie bereits die vorige Instanz bemerkt hat, nicht auf Schadenersatz, sondern auf Erfüllung des Vertrages durch Bezahlung der bedungenen Kaufsumme nach Abzug der durch die vorgewesene Zwangsversteigerung erlangten Erstehungsgelder gerichtet. Eines Erbietens zu der ihm als Verkäufer an sich obgelegenen Gegenleistung bedurfte es, wenigstens in Ansehung des hauptsächlichen Kaufsobjectes, nicht mehr, weil dieselbe insoweit durch die von Beklagtem verschuldete Zwangsversteigerung des Grundstücks im Sinne der §§. 721. 745. des bürgerl. Gesetzbuchs unmöglich geworden, der Vertrag also von Klägers Seite für erfüllt anzusehen ist. Denn wenn es auch denkbar wäre, daß sich der Kläger unter freiwilliger Mitwirkung des gegenwärtigen Eigenthümers das gedachte Grundstück wieder zu verschaffen vermöchte, so ist er doch gegenwärtig außer Stande, dem Beklagten

dieſes Grundſtück zu übergeben und ihm das Eigenthum daran zu übertragen; eine Verpflichtung aber, die Folgen der durch Beklagtens Verzug herbeigeführten Zwangsverſteigerung auszugleichen, liegt ihm in alle Wege gegen dieſen nicht ob. Uebrigens iſt die Art und Weiſe, wie Kläger ſeine Forderung quantificirt, für den Beklagten vortheilhaft, inſofern er darnach weniger zu bezahlen hat, als der nach Abzug der Hypothekenſchulden verbliebene, baar zu bezahlende Reſt der Kaufſumme betrug. Auf die rückſichtlich der in §. 1. der Kaufsurkunde gedachten 1000 Thlr. vereinbarte Aufkündigung aber würde, abgeſehen noch davon, daß die Kündigungsfriſt ſeit Anſtellung der vorliegenden Klage längſt abgelaufen iſt, der Beklagte auch deshalb keinen Anſpruch mehr gehabt haben, weil er ſich durch ſeine eigene Schuld außer Stand geſetzt hat, dem Kläger die dieſerhalb vorbehaltene Hypothek zu beſtellen. Die in Betreff des Inventars Bl. — ertheilte Entſcheidung iſt dem Beklagten nur günſtig. ꝛc."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Lippmann's ÷ Winklern, vom 2. Dec. 1869. — Ger.-Amt Hainichen.)

99.

Zur Frage über die Zuläſſigkeit und Begründung der Provocationsklage ex L. Diffamari in Beziehung auf öffentliche Straßen, Wege und Plätze.

„Provocant hat in der Provocationsklage Bl. — neben der Beziehung auf die Berühmung der Provocatin, daß das Eigenthum an dem fraglichen Platze ihr zuſtehe, ſelbſt angeführt, daß dieſer Platz ein Theil der ſeiner, des Provocanten, Obhut und Sorge anvertrauten, der Commun Leipzig eigenthümlich zugehörigen öffentlichen Straße ſei. Nun gehören aber öffentliche Straßen, Wege und Plätze bekanntlich zu den res extra commercium positae, und ſie ſind als ſolche dem privatrechtlichen Verkehre entzogen, ſo lange jene Eigenſchaft nicht unter Beobachtung der dafür beſtehenden verfaſſungsmäßigen Form, nämlich mit Genehmigung der competenten Verwaltungsbehörden, wieder aufgehoben iſt; ſie befinden ſich alſo in Niemandes Eigenthum, ſelbſt nicht in dem der Ortsgemeinde.

Vergl. Zeitſchrift für Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. 30. S. 336. Nr. 99.

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle v. J. 1867. S. 294 f.

Motiven zu §. 58. des bürgerl. Geſetzbuchs in Siebenhaar's Commentar, Thl. I. S. 100 f. der 2ten Ausg.

Iſt demnach ſchon die generelle, unbeſcheinigte Behauptung des Provocanten, der fragliche Platz ſei als Theil der öffentlichen Straße Eigenthum der Stadtgemeinde, an ſich nicht geeignet, zur Begründung der Provocationsklage ex L. Diffamari zu dienen, ſo kommt noch hinzu, daß eine ſolche Klage, wenn es ſich um dingliche Rechte an einer Sache handelt, nur von Demjenigen erhoben werden kann,

welcher sich im Besitze der streitigen Sache befindet. Provocant hat aber darauf, daß die Stadtgemeinde im Besitze des fraglichen Platzes sei, sich nicht einmal bezogen, sondern nur angeführt, daß ihm, dem Stadtrathe, die Sorge und Obhut der öffentlichen Straße, zu welcher der Platz gehöre, anvertraut sei. Diese Sorge und Obhut liegt ihm jedoch präsumtiv nur in seiner Eigenschaft als Verwaltungsbehörde ob und wird voraussetzlich nur in dieser Eigenschaft von ihm geübt, begründet daher auch für sich allein einen Schluß darauf, daß er insoweit die Commun vertrete, also diese sich im Besitze befinde, nicht. Zwar hat die Provocatin Bl. — selbst einige Thatsachen angeführt, welche nach Befinden als Besitzacte des Klägers angesehen werden könnten, allein dieselben sind an sich immer nicht von der Art, daß in ihnen so ohne Weiteres etwas Anderes und Mehreres als Maßnahmen, die der Rath als Verwaltungsbehörde vorgenommen, zu erblicken wäre.

In keinem Falle kann daher die vorliegende Klage als schlüssig angesehen werden, und dies führt nothwendig zu einer Abweisung in der angebrachten Maße. Fragen kann es sich nur, ob nach Lage der Sache ein derartiges Erkenntniß überhaupt, und namentlich auf die Appellation des Provocanten sich rechtfertigen lasse. Man hat jedoch kein Bedenken getragen, diese Frage zu bejahen. Allerdings ist das, was die zweite Instanz zu Motivirung ihrer Entscheidung, wornach der in dieser Sache eingeleitete Civilproceß sistirt werden soll, gesagt hat, an und für sich richtig, allein die Möglichkeit, daß Provocant der Provocatin gegenüber das behauptete Eigenthumsrecht der Stadtgemeinde an dem fraglichen Platze im Justizwege durch eine anders und besser begründete Klage an- und ausführen könne, ist immerhin denkbar, und deshalb muß es bedenklich fallen, ihm diesen Weg abzuschneiden. Derselbe wird ihm durch eine Abweisung in der angebrachten Maße offen erhalten, und darum ist diese für den Provocanten jedenfalls günstiger, als die vorige Entscheidung."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen des Rathes der Stadt Leipzig als Vertreters der dasigen Stadtgemeinde ÷ die verehel. Bendix, vom 2. Dec. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Leipzig.)

100.

Statt der für den Fall vertragswidriger Lieferung im Voraus vereinbarten Nachholung der vertragsmäßigen Leistung kann nach Befinden auch Rückgängigmachung des Kaufgeschäftes oder verhältnißmäßige Preisminderung gefordert werden.

„Zu einem von der Ansicht der vorigen Instanzen abweichenden Ergebnisse war bei Beurtheilung der Einrede unter III. zu gelangen. Die Tendenz dieser Einrede geht im Allgemeinen dahin, auf Grund der behaupteten vertragswidrigen und fehlerhaften Beschaffenheit der

beiden, um den bedungenen Aversionalpreis von 3000 Thlrn. mitgelieferten Schraubencylinder eine angemessene Minderung dieses Preises herbeizuführen, dafern der Kläger nicht den Kaufvertrag insoweit durch nachträgliche Lieferung zweier neuer empfangbarer Cylinder annoch gehörig erfüllen würde. Die zweite Instanz hat nun angenommen, daß Beklagte, namentlich mit Rücksicht auf das in Beweisartikel 24. dargestellte Uebereinkommen zunächst nur die Nachholung der vertragsmäßigen Leistung beanspruchen, oder, worauf jedoch von der Beklagten selbst nicht zugekommen sei, bis zur Nachholung dieser Leistung die entsprechende Gegenleistung retiniren, nicht aber ohne Weiteres, wie von ihr unternommen worden, den Werth, welchen zwei neue Cylinder repräsentiren, von dem Kaufgelde in Abrechnung bringen dürfe. Allein das erwähnte Uebereinkommen, welches übrigens erst in der Beweisschrift actenkundig gemacht worden ist, schließt einen Verzicht auf die der Beklagten aus der vertragswidrigen Beschaffenheit der beiden Cylinder zustehenden sonstigen Rechte keinesfalls in sich, und es blieb daher derselben nach Ansicht der jetzigen Instanz — zu vergl. über die einschlagenden, allerdings nicht unbestrittenen Grundsätze:

Thöls Handelsrecht, Bd. 1. §. 83. S. 491 f. Aufl. 4.

— auch nach jenem Uebereinkommen unbenommen, statt der ihr eventuell zugesicherten Lieferung neuer Cylinder entweder die Rückgängigmachung des Kaufgeschäftes in Ansehung dieser Gegenstände oder eine verhältnißmäßige Preiskürzung zu fordern, vorausgesetzt, daß das eine oder andere in ihrem Interesse wirklich begründet war. Ein solches Interesse liegt aber hier schon insofern vor, als Beklagte dermalen dem Concurse ihrer Mitcontrahenten gegenübersteht, welcher im Zweifel sich nicht in der Lage befindet, an Stelle der von vom Cridar angefertigten andere Cylinder aus dem Etablissement des Gemeinschuldners zu liefern, und an sich zu einem positiven Thun gar nicht würde angehalten werden können, übrigens auch nirgends erklärt hat, von der ihm diesfalls ausdrücklich nachgelassenen Berechtigung Gebrauch machen zu wollen.

Hiernächst ist zwar das Bl. — und in Beweisartikel 27. 28. ersichtliche Verlangen der Beklagten, daß ihr gegen Rückgabe der beiden Cylinder der Anschaffungspreis zweier neuer Apparate gleicher Art mit 300 Thlrn. an der libellirten Forderung erlassen werde, streng genommen, ein unstatthaftes, da bei der Vertragsaufhebung ebenso, wie bei der Preisminderung, wegen einzelner fehlerhafter Sachen aus einer um einen Gesammtpreis veräußerten Mehrheit von Gegenständen nicht der objective Schätzungswerth der ersteren, sondern der auf dieselben zu repartirende Theil des stipulirten Gesammtpreises in Betracht kommt. Indessen mußte man unter den hier obwaltenden Verhältnissen Bedenken tragen, den Beweis lediglich deshalb, weil er auf die Ermittelung dieses verhältnißmäßigen Theiles der Gesammtkaufsumme nicht mit gerichtet ist, als einen völlig verfehlten zu

betrachten. Denn abgesehen davon, daß eine solche Ermittelung bei einem Vertrage, wie dem vorliegenden, welcher eine höchst beträchtliche Anzahl der verschiedenartigsten Gegenstände umfaßt, mit den erheblichsten Schwierigkeiten verbunden und durch dieselbe immerhin nur ein unsicheres Resultat zu erzielen sein würde, darf man bis zu dem Nachweise eines Anderen hier, wo es sich um die Kaufgeldforderung der Inhaber eines Fabriketablissements für Producte ihres Gewerbsbetriebes handelt, ganz füglich präsumiren, daß der gewöhnliche Anschaffungspreis der fraglichen beiden Cylinder auf die Normirung der Aversionalsumme von 3000 Thlrn. maßgebend gewesen sei.

Die zu Beweisartikel 16. 17. und 27. abgehörten Sachverständigen haben nun Bl. — übereinstimmend sich dahin geäußert, daß die von ihnen in Augenschein genommenen beiden Cylinder — deren Identität mit den jetzt in Frage befangenen nicht angezweifelt ist — wegen des Mangels einer nothwendigen Vorrichtung, die nachträglich an denselben nicht angebracht werden könne, soviel zu leisten außer Stande seien, als sie mit dieser Vorrichtung leisten könnten und sollten, ferner daß der Anschaffungspreis eines solchen Cylinders 1500 Thlr. betrage, und daß beide Cylinder wegen des Mangels der gedachten Vorrichtungen jedenfalls mindestens die Hälfte weniger werth seien, als dieselben, wären sie mit jener Vorrichtung versehen, werth sein würden. Ohne Zweifel läßt sich der Beklagten auf Grund dieses Gutachtens wenigstens das Recht zu einem Preisdecorte in Höhe von 150 Thlrn. nicht bestreiten, und da aus ihrer Erklärung sub d. Bl. — hervorgeht, daß sie sich hierauf beschränken, also statt des Anspruches auf Redhibition den Preisminderungsanspruch wählen wolle, auch von einem Verluste dieses Anspruches wegen Unterlassung der in Art. 347. und 349. Abs. 3. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs erforderten Anzeige schon deshalb keine Rede sein kann, weil die in der Klagbeifuge C. §. 5. festgesetzte, von der regelmäßigen Ingangsetzung des ganzen Werkes an zu berechnende Garantiefrist, welche zugleich eine Verlängerung der für die erwähnte Anzeige gesetzlich verstatteten Frist enthält, den eigenen Angaben Klägers Bl. — zufolge zur Zeit der Geltendmachung des vorhandenen Fehlers im gegenwärtigen Processe noch nicht verflossen war, hatte man den Beweis der Einrede III. nach einem Belaufe von 150 Thlrn. als zur Genüge erbracht anzusehen und demgemäß die angefochtene Entscheidung abzuändern."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen des Cur. bon. im Creditwesen der Firma Rudolph u. Beck ÷ die verehel. Strauß, vom 3. Dec. 1869.*) — Ger.-Amt Freiberg.)

*) In IV. Instanz bestätigt durch Urthel vom 2. April 1870.

101.

Gegen Versäumnisse des Sachwalters bietet Krankheit desselben unter Umständen einen genügenden Restitutionsgrund dar. In einem solchen Falle kann das Gesuch um Wiedereinsetzung auch durch den nämlichen Sachwalter angebracht werden.

„Weil, wenn man auch den Grund, aus welchem die vorigen Instanzen dem Beklagten die gegen die Nachtheile der verspäteten Einreichung des ihm nachgelassenen Gegenbeweises Bl. — gesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt haben — die Unschätzbarkeit des Streitobjectes —, nicht gelten lassen wollte, doch nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz schon der in dem ärztlichen Atteste Bl. — bezeugte, in der Mitte des Monates Januar 1869, also nur wenige Wochen vor Ablauf der Gegenbeweisfrist, eingetretene Krankheitszustand des Sachwalters des Beklagten einen genügenden Restitutionsgrund um so gewisser darbietet, als sich nicht wohl sagen läßt, es hätte Beklagter oder dessen Anwalt, nachdem Letzterer erkrankt gewesen, die Anfertigung des Gegenbeweises einem andern Sachwalter übertragen sollen, da die Entwerfung dieses Schriftstückes und die Vorarbeiten zu demselben bei der Umfänglichkeit und Verwickelung dieses Rechtsstreites für einen andern Sachwalter, welcher der Sache seither ferngestanden, allem Ansehen nach ein solches Maß von Zeit beansprucht haben würden, daß sich nicht annehmen läßt, dieser würde im Stande gewesen sein, den Gegenbeweis noch rechtzeitig zu beenden und einzureichen, im Uebrigen wenigstens in einem Falle der vorliegenden Art es, um das Restitutionsgesuch beachtlich erscheinen zu lassen, nicht als schlechterdings erforderlich betrachtet werden kann, daß die betreffende Partei entweder durch einen andern Sachwalter, als den, der die Versäumniß verhangen, oder selbst in Person um die Restitution bitte;

vergl. Wochenblatt für merkwürd. Rechtsfälle v. J. 1845. S. 312.

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, N. F. Bd. 5. S. 172. Nr. 5.

So ist das Eingangs gedachte Urthel, der eingewendeten Appellation ungeachtet, wie hiermit geschieht, zu bestätigen." ꝛc.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Ahner's u. Cons. ÷ Freitagen, vom 7. Dec. 1869. — Ger.-Amt Schwarzenberg.)

102.

Der erkennende Richter ist nicht befugt, dem Streitvertreter die nachträgliche Beantwortung der im Liquidationsverfahren von den Gläubigern eingereichten Sätze und der darin gemachten Angaben aufzugeben.

„Die Liquidanten Georg Friedrich und Richard Friedrich Heyl

und der Liquidant Moritz Altmann als Inhaber der Firma Erfurt und Altmann haben sich schon bei ihren Berufungen gegen das erste Erkenntniß nicht darüber beschwert, daß die vom Streitvertreter vorgeschützte Ausflucht der Zahlung an sich für eingeräumt und sie zum Beweise ihres replicatorischen Vorbringens für verbunden erachtet worden sind. Ihre damaligen Berufungen gingen vielmehr nach Bl.— in Verbindung mit Bl.— Vol. III. in erster Linie dahin, daß dem Streitvertreter durch eine interlocutorische Verfügung die Abgabe bestimmter Erklärungen über dieses Vorbringen aufgegeben werde, welche ihnen möglicherweise die Beweisführung ersparen könnten, und nur eventuell auf eine Abänderung des Beweisthema's. Diesem letzteren Gravamen ist durch die Entscheidung Bl.— Vol. III. abgeholfen worden, und die gegenwärtigen Rechtsmittel betreffen daher nur noch die beantragte interlocutorische Verfügung. Daß dieser Antrag unstatthaft sei, ist den Appellanten bereits in den Gründen des zweiten Erkenntnisses auseinandergesetzt worden, und es mag daher in dieser Beziehung nur Folgendes noch erwähnt werden.

Wenn es auch dem Streitvertreter obliegt, sich über die angemeldeten Forderungen und die zu deren Begründung von den Gläubigern vorgebrachten Thatsachen mit thunlichster Bestimmtheit zu erklären, und diese Forderungen nicht ohne zureichende Gründe zu bestreiten, und wenn daher auch erwartet werden muß, daß derselbe die ihm zu Gebote stehenden Unterlagen pflichtmäßig benutze und prüfe, um die nöthigen Erklärungen im Liquidationsverfahren abgeben zu können, so läßt sich doch, zumal nach dem, was der Streitvertreter schon früher und noch jetzt Bl.— Vol. IV. über den Zustand der von dem Gemeinschuldner geführten Bücher und sonst noch angegeben hat, in keiner Weise voraussetzen, daß er seine Erklärung auf das sogen. replicatorische Vorbringen der Appellanten willkürlich verweigert, oder deren Forderungen ohne hinreichenden Grund in Zweifel gezogen habe.

Uebrigens würde selbst ein pflichtwidriges Verhalten des Streitvertreters, welches aber die Appellanten selbst gar nicht behaupten wollen, höchstens eine disciplinarische Rüge, aber nicht eine dem Verlangen der Appellanten entsprechende Verfügung zur Folge haben können. Ein directes Mittel, die Parteien zu einer Erklärung über die Angaben ihrer Gegner zu zwingen, giebt es für den erkennenden Richter nicht, nur ein mittelbarer Zwang kann dadurch ausgeübt werden, daß die Gesetze das Unterlassen einer rechtzeitigen und bestimmten Erklärung mit gewissen Rechtsnachtheilen, und namentlich dem Eintritt eines fingirten Zugeständnisses bedrohen. Nach den Vorschriften der Erl. Proceßordnung ad Tit. XLI. §§. 2. 3. 4. und des geschärften Bankeroutiermandates vom 20. Dec. 1766. §. 22. kann aber die nach Eröffnung des formellen Concurses zu erlassende Edictalladung nicht mit einem Präjudize dieser Art gegen den Streitvertreter verbunden werden, und es kann sich daher auch der erken-

nende Richter nicht für befugt erachten, demselben die nachträgliche Beantwortung der im Liquidationsverfahren von den Gläubigern eingereichten Sätze, sei es nun unter Androhung einer Geldstrafe, oder eines in den Gesetzen nicht begründeten Rechtsnachtheiles aufzugeben.

Uebrigens scheinen auch die Appellanten zu übersehen, daß die von ihnen beantragte interlocutorische Verfügung den Zweck, welchen sie damit erreichen wollen, nur in dem Falle erreicht haben würde, wenn der Streitvertreter ihre Angaben zugestanden hätte, während im entgegengesetzten Falle dadurch nur eine völlig unnütze Zeitversäumniß verursacht worden wäre."

(Urthel des O.=A.=Ger. in Jacobi's Schuldenwesen, vom 7. Dec. 1869. — Ger.=Amt Riesa.)

103.

Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Sachwalter wegen Belohnung seiner Dienste eine andere, als die auf die taxmäßige Honorirung advocatorischer Leistungen gegründete Forderung zustehe.

„In der neben dem bürgerl. Gesetzbuche in Kraft verbliebenen Advocatenordnung vom 3. Juni 1859. §§. 13 ff. (zu vergl. Verordnung, die Publication des bürgerl. Gesetzbuchs betr., vom 2. Januar 1863. §. 3. bei 1.) wird das Rechtsverhältniß zwischen dem Sachwalter und Demjenigen, welchem derselbe bei Führung von Geschäften auf Erfordern rechtlichen Beistand leistet, der Natur der Sache und den einschlagenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß, als ein Auftragsverhältniß bezeichnet. Es würde daher der Sachwalter an sich eine Berechtigung auf Honorirung seiner Dienstleistungen nicht haben, da (§. 1295. des bürgerl. Gesetzbuchs), abgesehen von dem, gegenwärtig nicht in Frage gelangenden Falle eines besonderen Honorirungsversprechens, die Ausführung des Auftrags umsonst zu erfolgen hat, wenn nicht das angezogene Specialgesetz ihm eine Honorirung zuspräche. Es leuchtet aber ein, daß eine derartige Forderung nur insoweit geltend gemacht werden kann, als sie eben vom Gesetze eingeräumt wird.

Nun ist zwar richtig, daß auch die auf Verlangen Betheiligter bewirkte Führung fremder Geschäfte Seiten eines Sachwalters sich auf Umstände gründen kann, nach welchen Letzterer nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsbeistand in Betracht kommt, und daß dann das rechtliche Verhältniß zwischen dem Besorger der Geschäfte und Denjenigen, um deren Interesse es sich dabei handelt, nach andern Grundsätzen zu beurtheilen sein wird; es läßt sich insbesondere auch denken, daß ein dem Berufe als Sachwalter obliegender Rechtsgelehrter im einzelnen Falle sich zur Verrichtung der Functionen eines Mäklers versteht; allein in allen derartigen Fällen werden, damit erkennbar werde, daß es sich um die den Sachwalter wesentlich kennzeichnende

Thätigkeit rechtlichen Beistandes gerade nicht handele, besondere, die Behandlung der Angelegenheit aus dem Standpunkte rechtlichen Beistandes ausschließende Umstände vorliegen müssen, mögen diese Umstände nun auf ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Betheiligten, oder auf andere aus der Natur der übertragenen Verrichtung selbst mit Nothwendigkeit sich ergebende Momente zurückzuführen sein.

Im gegenwärtigen Falle, in welchem Kläger, indem er sich selbst als dem Sachwalterstande angehörig und die Thätigkeit eines Sachwalters betreibend bezeichnet, in erster Linie Honorirung der dem Beklagten und der Mitbeklagten geleisteten Dienste nach Maßgabe der über die Bezahlung sogenannter Geschäftsagenten, bez. der Mäkler geltenden Rechtsgrundsätze fordert, hat Kläger auf ein ausdrückliches Abkommen, nach welchem diese Grundsätze Anwendung zu finden hätten, sich nicht gestützt. Es fragt sich also weiter, ob die Natur der von ihm übernommenen und von ihm ausgeführten Leistungen, namentlich die nach seiner eigenen Darstellung von ihm hinsichtlich des Zustandekommens des fraglichen Grundstückskaufes zu entwickeln gewesene Thätigkeit, darauf hinweise, daß die Wahrung rechtlicher Interessen seiner Auftraggeber dabei nicht zu berühren gewesen sei. Diese Frage muß aber nach Ansicht des Oberappellationsgerichts verneint werden.

Nach der im Replikſatze Bl. — enthaltenen Vervollständigung der Klage soll die in letzterer allein erwähnte Beauftragung Klägers mit der Kaufsvermittelung, wegen welcher derselbe jetzt honorirt sein will, Seiten der Beklagten, und zwar sogleich, ertheilt worden sein, nachdem dieselben wegen der rechtlichen Zulässigkeit der von ihnen beabsichtigten, Bl. — näher bezeichneten Verwerthung gewisser, zum Kaufsobjecte mit gehöriger Holzbestände beim Kläger sich Rath erholt und dessen Gutachten und Vorschläge deshalb entgegengenommen gehabt. Wäre es nun selbst formell zulässig, diesen vom Kläger nachgebrachten thatsächlichen Behauptungen rechtliche Beachtung zu schenken, und ließe sich selbst, wie Kläger die Sache jetzt darzustellen versucht (Bl. —), die in der Klage gedachte, die Kaufsvermittelung betreffende Beauftragung als ein von der vorhergegangenen Einholung rechtlicher Belehrung wegen des Holzverkaufes — welche letztere Thätigkeit Kläger Bl. — selbst als in seine sachwalterische Sphäre fallend bezeichnet — völlig getrennter Hergang betrachten, eine Annahme, welcher erhebliche Bedenken entgegenstehen würden, da namentlich auch die Auftragsertheilung wegen des Kaufes sich nur als ein Ausweg darstellt, welcher von den Beklagten ergriffen worden ist, als ihnen die hinsichtlich der Holzbestände vom Kläger gemachten Eröffnungen hinreichende Beruhigung nicht gewährt haben, so würde doch immerhin, wie die Umstände vorliegen, auch in dem mehrgedachten Auftrage allein die Uebertragung eines Geschäftes zu finden sein, zu dessen zweckmäßiger Besorgung Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden müssen, und welches daher in das Gebiet der Thätigkeit, welche

Kläger als Sachwalter entwickelt, gefallen ist. Wie in der Klage angegeben ist und Kläger Bl. — gegenwärtig wieder speciell anerkannt hat, ist die fragliche Kaufsvermittelung, bei welcher schon an sich ein dem Werthe nach sehr hohes Object im Preise von 160,000 Thlrn. in Frage gewesen ist, das Mittel gewesen, und hat nach der Absicht der Betheiligten das Mittel sein sollen, um für Klägers Auftraggeber, die Beklagten, gewisse, Bl. — näher bezeichnete rechtliche Verbindlichkeiten, durch deren Nichterfüllung den Beklagten sehr erhebliche Vermögensnachtheile zugefügt worden sein würden, zu beseitigen, und es haben zu dem Ende in untrennbarer Verbindung mit der dem Kläger übertragenen Kaufsvermittelung, insbesondere durch Hereinziehung des zu findenden neuen Käufers, bereits bestehende Rechtsverhältnisse gelöst und neue an deren Stelle eingegangen werden müssen. Wenn Jemand eine derartige Sache einem Rechtsanwalte überträgt, so muß angenommen werden — und auch der Sachwalter wird nach §. 1. der Advocatenordnung von einem anderen Gesichtspunkte nicht ausgehen können —, daß jene Uebertragung wesentlich der Auffassung des Geschäftes nach seiner rechtlichen Seite gelte, und daß der Sachwalter sein Aufmerken als Rechtsbeistand des Auftraggebers hauptsächlich mit darauf zu richten habe, die in der Angelegenheit hervortretenden Rechtspunkte vollständig und so, daß die sonst für den Auftraggeber zu fürchtende Schädigung vermieden werde, zu erledigen. — Es hat daher im vorliegenden Falle Kläger darüber, daß er als Sachwalter den Beklagten seine Dienste zu leisten habe, nicht in Zweifel sein können, und erscheint, den oben angezogenen gesetzlichen Bestimmungen gegenüber, eine andere Forderung wegen Belohnung seiner Dienste als eine auf die taxmäßige Honorirung advocatorischer Leistungen gegründete, so, wie die Klage vorliegt, nicht gerechtfertigt.

Die Frage: ob und inwieweit, insbesondere den Vorschriften in §. 25. der Advocatenordnung gegenüber, beim Inhalte des Klägerm ertheilten Auftrages es überhaupt zulässig gewesen sein würde, daß Kläger sich bei Uebernahme des Geschäftes vor dessen Beendigung Bedingungen gemacht hätte, auf welche hin er zu einer höheren Honorirung als der nach der Taxordnung für die Advocaten vom 3. Juni 1859 zu gelangen vermöchte, bedarf hier um deswillen keiner weiteren Erörterung, weil Kläger auf ein derartiges Abkommen sich überhaupt zu beziehen nicht unternommen hat. Hervorgehoben mag hier nur noch werden, daß die Hinweisung Klägers im Replikſatze Bl. — darauf, es hätten Beklagte sich beim Abschlusse des von ihm, Klägerm, vermittelten Geschäftes des an dieser Actenstelle genannten anderen Sachwalters bedient, im Zusammenhange mit der nicht abgeänderten Darstellung in der Klage Bl. — nur soviel erkennen läßt, daß Beklagte es für angemessen gefunden haben, vor definitiver Billigung der vom Kläger für sie eingeleiteten Verfügungen, sich noch anderweit des Rathes eines Rechtskundigen zu bedienen, wodurch Klägers Stellung gegenüber den Beklagten nicht geändert worden ist.

Wenn hiernächst Kläger auch jetzt wieder darauf zurückkommt, daß ihm, soweit von einer Honorirung seiner Leistungen nach den bezüglich der Mäkler geltenden Grundsätzen nicht die Rede sein könnte, mindestens mit Rücksicht auf die Bestimmungen in Cap. III. der obenbemerkten Taxordnung ein nach richterlichem Ermessen festzustellendes Honorar zugebilligt werden möge, so übersieht er hierbei, daß nach der, einen Zweifel nicht zulassenden Fassung dieser Bestimmungen es sich bei deren Anwendung immer nur um die Feststellung eines entsprechenden Gebührensatzes für advocatorischen Beistand, wie ein solcher nach den Vorschriften der Advocatenordnung zu leisten ist, handeln kann, und daß nach dem der Taxordnung zu Grunde liegenden Principe, welches, wie insbesondere die Vorschriften unter 1. und 2. des angezogenen Cap. III. erkennen lassen, auch bei der hier fraglichen Gebührenfeststellung Anwendung zu leiden hat, es wesentlich der speciellen Aufführung der einzelnen aufgewendeten Mühwaltungen nach ihrer Beschaffenheit und der Zeit, welche sie beansprucht haben, bedarf, um vor Allem die thatsächliche Unterlage für die richterliche, mit Beachtung der unter 2. Cap. III. angegebenen allgemeinen Verhältnisse zu bewirkende Feststellung zu beschaffen. An derartigen speciellen Angaben hat es Kläger zur Zeit fehlen lassen; die bloße allgemeine Hindeutung auf die Schwierigkeit des Geschäftes, die Größe des Objectes, die verhältnißmäßig kurze Zeit, welche zur Ausführung vorhanden gewesen sei, und die Versicherung, daß besondere Thätigkeit, Mühe und Fleiß erfordert worden, vermag die Angabe der betreffenden speciellen Unterlagen um so weniger zu ersetzen, als Kläger selbst auf „ganz ungewöhnliche Thätigkeit und seltene Umstände" hinweist, unter welchen von ihm das Geschäft ausgeführt worden sein soll." 2c.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Schmidt's ÷ von Bünau u. Conf., vom 9. Dec. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Dresden.)

104.

Zur Lehre vom Floßrecht. — Regalität dieses Rechtes. — Verpflichtung der Eigenthümer der auf beiden Ufern angrenzenden Grundstücke, den Floßbeamten, Floßaufsehern und Floßarbeitern das Begehen der Uferränder, wie es der Floßbetrieb erfordert, zu gestatten und alle dem entgegenstehende Hindernisse zu beseitigen.

„Ganz unbedenklich kann für den Bereich des Königreichs Sachsen das Floßrecht auch in sogen. Privatflüssen als landesherrliches Regal bezeichnet werden. Der

Befehl vom 4. Mai 1697 (C. A. II. S. 641)

und das

Mandat vom 1. Oct. 1698 (C. A. II. S. 643)

schreiben vor, daß das „uns zustehende Floßregal vor andern beobachtet werden müsse", und

Dasselbe Mandat vom 1. Oct. 1698 (a. a. O. S. 644),

ferner das

Mandat vom 10. April 1700 (C. A. II. S. 461),
Mandat vom 10. April 1709 (C. A. II. S. 652),
Mandat vom 29. Febr. 1752 (C. I. C. A. I. S. 1520),

gedenken ebenmäßig des Floßrechtes als landesherrlichen Regales.

Andere Gesetze, z. B.

Patent vom 3. März 1632 (C. A. II. S. 632),
Befehl vom 5. April 1667 (ibid. S. 627),
Mandat vom 10. April 1700 (ibid. S. 461),
Mandat vom 10. Nov. 1700 (ibid. S. 647),

sprechen von der landesherrlichen Flöße, dem Floßwasser, den Floßhölzern, dem Floßreviere, und das

Mandat vom Februar 1636 (C. A. II. S. 626)

von den Floßstraßen, alles im Sinne eines landesherrlichen Regales.

Das Floßregal wurde nicht blos auf den sogen. öffentlichen Flüssen, der Elbe, den beiden Mulden und Elstern, sondern auch auf Privatflüssen, der Wilsch, Gölzsch, Weiseritz, Pleiße, Flöhe, sowie auch auf einzelnen Bächen, dem Polenzbache, Pöhlbache, Bielabache, der Natzschung, Sehma und dem Kirnitzschbache geübt.

Weiske, Beitrag zur Lehre vom Floßregale §. 6, in
Martin's Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, Bd. III. Abth. VIII. S. 152.

Das Königl. Oberappellationsgericht hat demgemäß auch auf Privatflüssen, wo es geübt wird, dem Floßrechte des Staatsfiscus die Eigenschaft der Regalität wiederholt in Rechtssprüchen von 1842 und 1852,

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. 6. S. 292. Bd. 11. S. 458.

beigelegt, und in Wirklichkeit bestreiten auch die Beklagten die Regalität des Floßrechtes auf dem an ihren Grundstücken vorbeifließenden Kirnitzschbache nicht mehr, obschon sie ursprünglich bei Einlassungspunkt 231. die darauf bezügliche Klagbehauptung in Abrede stellten.

Die Beklagten machen gegen das vorige Erkenntniß, welches die Regalität des Floßrechtes auf dem Kirnitzschbach angenommen hat, überhaupt nur in doppelter Beziehung Ausstellungen. Einmal meinen sie nämlich, auf die Regalität des Floßrechtes sei die erhobene Klage gar nicht gestützt worden, das vorige Erkenntniß hätte daher die Regalität gar nicht herbeiziehen dürfen, um die Klage und den von dem Kläger unternommenen Beweis aufrecht zu erhalten. Sodann aber könne ferner aus der Eigenschaft des Floßrechtes als Regal keine privatrechtliche Verpflichtung für ihre Grundstücke, den sogen. Flößersteig zu dulden, abgeleitet werden, und es hätte daher, da das zweite Erkenntniß selbst ausspreche, daß der Beweis einer speciellen privat-

rechtlichen Ersitzung für den in Anspruch genommenen Flößersteig mißlungen sei, auch nothwendig ihre völlige Entbindung und Loszählung von der erhobenen Klage ausgesprochen werden sollen.

In beiderlei Richtung ist jedoch den Argumentationen der Beklagten nicht beizustimmen gewesen.

Was nämlich den ersten Punkt anlangt, so ist derselbe thatsächlich unbegründet. In der Klagschrift ist die ausdrückliche Behauptung aufgestellt worden, daß der Sächsische Staatsfiscus ein wohlbegründetes, auf Regalität der Flößerei und zugleich auf unvordenklicher Verjährung beruhendes Recht zum Floßbetriebe auf dem Kirnitzschbach habe, und daraus das Recht auf den streitigen Flößersteig, sowie das unverkennbare rechtliche Interesse an der Freihaltung desselben auf den Grundstücken der Beklagten ableite. Dieser Theil der Klagbehauptungen ist demnach unverkennbar als Klaggrund mit aufgestellt worden, und in den Beweisinterlocuten Bl. — und — Vol. I. ist ganz ohne alle Einschränkungen auf Beweis des Klaggrundes, soweit er geleugnet worden, erkannt worden. Es hätte sich allerdings fragen können, ob bei Anerkennung des Floßrechts als Regal auf einen derartigen Beweis zu erkennen gewesen wäre. Allein in dieser Richtung war von keinem Theile, namentlich auch von Seiten des Vertreters des Staatsfiscus nicht remedirt worden. Das Beweisinterlocut beruht also in dieser Beziehung auf Rechtskraft. Es ist deshalb auch kein besonderes Gewicht zu legen auf die vom Anwalte des Klägers im Productionsverfahren Bl. — beiläufig mit abgegebene Erklärung, daß mit der Flößerei das Recht zu Begehung der Ufer des Floßbaches zwar in einem nothwendigen und untrennbaren Zusammenhange stehe, gleichwohl aber es sich im vorliegenden Falle nicht um Bestellung einer servitus necessaria handle, vielmehr auf einen seit länger als rechtsverjährter Zeit, ja seit länger denn Menschengedenken, gleichmäßig ausgeübten Besitzstand Bezug genommen worden sei. Denn hierin ist nicht, wie in den Entscheidungsgründen der ersten Instanz Bl. — Vol. II. angenommen wird, ein Fallenlassen des Regalitätsprincipes zu erblicken, sondern eben nur eine (an sich ganz richtige) Deduction zu finden, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um die Inanspruchnahme und Bestellung einer nothwendigen Grundgerechtigkeit handle. Dem vorigen Erkenntnisse kann daher keineswegs der Vorwurf gemacht werden, daß es der vorliegenden Rechtssache einen Klaggrund untergeschoben habe, auf welchen die Klage gar nicht gestützt gewesen sei. Vielmehr war es ganz in der Ordnung, daß die nunmehr außer Zweifel beruhende Regalität des Floßrechtes vor allen Dingen zur Erwägung gezogen wurde.

Auch bei dem zweiten oben erwähnten Punkte ist den Beklagten in ihren Deductionen gegen das vorige Erkenntniß (Bl. —) nicht beizustimmen.

Schon das Römische Recht spricht selbst bei Privatflüssen und Bächen (rivis) Demjenigen, welcher die Befugniß, sie zu benutzen,

hat, auch zugleich die hieraus von selbst folgende Berechtigung zu, am rechten und linken Ufer den nöthigen Raum zum freien Zugange, ferner zu Reparaturen, Regulirungen des Wasserlaufes, Auswerfen von Steinen, Sand und dergl. zu benutzen.

fr. 11. §. 1. D. comm. praed. tam urban. quam rustic. (8. 4.):

„Si prope tuum fundum jus est mihi aquam rivo ducere, tacite haec jura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim, ad reficiendum ego fabrique mei; item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, quo, dextra et sinistra, ad rivum adeam et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem jacere possim."

fr. 1. pr. §. 6. 7. D. de rivis. (43. 21.)

Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1845. S. 246 ff.

Höpfner in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. 10. S. 110 ff.

Dies bezieht sich zunächst zwar blos auf privatrechtliche Befugnisse zu Benutzung des Baches und enthält die auch in das bürgerl. Gesetzbuch §. 526. übergegangene Lehre von den sogen. adminiculis servitutis, wornach der Eigenthümer der dienenden Sache dem Berechtigten alle Handlungen gestatten muß, ohne welche die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann, und sich aller Verfügungen über die dienende Sache zu enthalten hat, durch welche die Dienstbarkeit gehindert oder gestört werden würde. Allein in der That ist kein Grund abzusehen, warum dieselben Grundsätze nicht auch auf solche Arten der Benutzung eines Baches Anwendung leiden sollen, welche nicht privatrechtlicher Natur sind, sondern auf dem öffentlichen Rechte, auf der Regalität beruhen. Wenn der Privatfluß, der Bach nach allgemeinem Rechte sich im Eigenthume der anliegenden Grundbesitzer befindet, so kann man das Floßrecht, welches auf einem solchen Wasserlaufe geübt wird, in dem Verhältnisse zu den Grundbesitzern als eine öffentlich rechtliche Grundgerechtigkeit ansehen, und der Unterschied von einer privatrechtlichen Grunddienstbarkeit beruht eben blos in dem Entstehungsgrunde. In den Wirkungen für den Floßbach und die angrenzenden Grundstücke steht das Floßrecht als Regal ganz gleich der entsprechenden Privatgrundgerechtigkeit. Unter allen Umständen ist nicht einzusehen, weshalb das Floßrecht als Regal bezüglich der sogen. adminicula servitutis schlechter gestellt sein soll, als eine dem Floßrechte entsprechende Privatberechtigung. Das regalische Floßrecht muß es demnach der Natur der Sache nach mit sich bringen, daß die Eigenthümer der an den Floßbach angrenzenden Grundstücke bei der Benutzung derselben insoweit beschränkt sind, als es der Floßbetrieb nothwendig macht, daß also den Floßbeamten, Floßaufsehern und Floßarbeitern alle diejenigen Handlungen auf den anliegenden Grundstücken verstattet sein müssen, ohne welche das Floßrecht in rationeller und sonst entsprechender Weise nicht ausgeübt werden kann, und daß die Grund-

besitzer sich aller Verfügungen über die anliegenden Grundstücke enthalten, durch welche das Floßrecht gehindert oder gestört wird. Es ist diese Verpflichtung nicht eigentlich als eine besondere Grunddienstbarkeit der betreffenden Grundstücke anzusehen, sondern eben blos als ein Anhängsel, so zu sagen, ein Zubehör des Floßrechts als Regal, so daß obgedachte Verpflichtung ohne Weiteres wegfällt, sobald das Floßrecht vom Fiscus aufgegeben wird.

Uebrigens ist es gar nicht ohne Beispiel, daß die Grundstücke, welche an öffentlichen oder Privatflüssen liegen, ähnlichen Beschränkungen als nothwendigen Folgen der Wasserbenutzung unterliegen, z. B. in Folge der Schifffahrt den Leinpfad und das Ein- und Anstemmen der Ruderstangen, das Auswerfen der Anker an das Ufer u. s. w. zu dulden haben,

Elbstrom-Ufer- und Dammordnung vom 7. Aug. 1819. §. 12.
Weiske, vom Leinpfade, in Elver's Themis, Bd. II. Abth. XI. S. 308 ff. vorzüglich §. 5. S. 318 ff.

oder bei der Fischerei den Zugang zu dem Fischwasser und das sogen. Rudern unter den Ufern verstatten müssen. Ebenso gedenkt auch das oben bereits angeführte

Mandat vom Februar 1636 (C. A. II. S. 626.)

bei der fiscalischen Flößerei der „Floßstraße", ohne jedoch näher über den Zweck und die Einrichtung derselben sich auszusprechen. Es läßt sich aber leicht ermessen, daß es für die Floßbeamten, das Aufsichtspersonal und die Floßarbeiter von Wichtigkeit ist, beide Ufer des Floßbaches begehen zu können, so oft es der Floßbetrieb erfordert, theils um die erforderlichen Vorbereitungen zur Flöße treffen, z. B. etwaige Hindernisse im Bachbette beseitigen, die Floßhölzer einwerfen zu können, theils um den Floßgang zu begleiten und da, wo es nöthig ist, schnelle Hülfe zu schaffen, namentlich auch das hängen gebliebene Holz abzustoßen und im Wasserstrome weiter zu befördern, und was dergleichen Verrichtungen, welche mit dem Floßbetriebe zusammenhängen und zu dessen Ausführung erforderlich sind, sonst noch betrifft.

Das Königl. Oberappellationsgericht ist demgemäß mit der vorigen Instanz darin vollkommen einverstanden, daß schon aus dem, außer jedem Zweifel beruhenden Bestehen des regalischen Floßbetriebes auf dem Kirnitzschbach für die Eigenthümer der auf beiden Ufern angrenzenden Grundstücke, und somit auch der Beklagten, die Verpflichtung resultirt, den Floßbeamten, Floßaufsehern und Floßarbeitern das Begehen der Uferränder in der Ausdehnung, wie es der Floßbetrieb erfordert, zu gestatten und alle dem entgegenstehende Hindernisse zu beseitigen. Eines speciellen Eingehens auf den Inhalt der vorgebrachten Beweismittel, und namentlich der Aussagen der Beweis- und Gegenbeweiszeugen bedarf es demnach gar nicht. Höchstens könnte dies von Wichtigkeit sein, wenn daraus eine Beschränkung der natürlichen Befugnisse der Floßverwaltung durch qualificirte Ersitzung der

Freiheit abzuleiten wäre. Davon ist aber weder im Beweise, noch im Gegenbeweise irgend eine Spur zu finden, vielmehr ergiebt sich aus den Beweis- und Gegenbeweis-Zeugenaussagen, welche ungefähr den Zeitraum seit Anfang dieses Jahrhunderts umfassen, daß das Begehen der Grundstücke der Beklagten Behufs des Floßbetriebes zwar vielfältiges Murren und öfteren Widerspruch von Seiten der Grundbesitzer erlitten hat, daß jedoch die Floßbetriebsleute sich daran nicht gekehrt und selbst durch die erst in neuerer Zeit (ungefähr seit den 40ger oder 50ger Jahren dieses Jahrhunderts) namentlich durch Zäune und Hecken entstandenen Erschwernisse von der Ausführung ihrer Arbeiten sich nicht haben abhalten lassen.

Die Beklagten meinen zwar, namentlich unter Berufung auf §. 524. des bürgerl. Gesetzbuchs, daß jede Grundberechtigung mit möglichster Schonung des Verpflichteten ausgeübt werden müsse, auf die Thatsache hinweisen zu können, daß, obschon sie seit mehreren Jahren das Betreten ihrer Grundstücke und das Arbeiten auf denselben während des Flößens gänzlich untersagt und gehindert hätten, dennoch der Floßbetrieb nicht eingestellt und dadurch der thatsächliche Beweis geliefert worden sei, wie eben die Benutzung ihrer Grundstücke zur Ausführung der Flößerei nicht unbedingt nothwendig sei. Da nun über die Grenzen der Nothwendigkeit hinaus die angrenzenden Grundstücke nicht belastet werden dürften, und aus Rücksichten der bloßen Bequemlichkeit und größeren Erleichterung des Floßbetriebes ihren Grundstücken eine Last nicht anzusinnen sei, so folge schon aus dieser einzigen Thatsache, daß sie, die Beklagten, von der erhobenen Klage freigesprochen werden müßten. Allein dem ist nicht also. Erstlich haben nämlich alle Sachverständige beider Theile und die von ihnen angegebenen sachverständigen Zeugen die Begehung beider Ufer des Kirnitzschbachs an den, im vorliegenden Processe in Frage kommenden Stellen für nothwendig zum Floßbetriebe erachtet, z. B. 2c. 2c. Sodann sieht man aber nicht, wie seit der thatsächlichen Verhinderung der Floßbetrieb zu ermöglichen gewesen ist.

Der sachverständige Zeuge von H. sagt darüber Bl. — des Zeugenfascikels: seit der Verweigerung ist zwar alljährlich geflößt worden, aber unter sehr erschwerten Umständen; der Kostenaufwand ist vermehrt, auch das Flößen der Zeit nach verzögert worden; und Bl. — fügt derselbe noch hinzu, daß es für die Flößer, wenn sie die Uferränder nicht betreten dürfen, gefährlich sei, im Wasser zu gehen, theils wegen des Schleußenwassers, theils wegen des Zusammenschiebens der Floßhölzer. — In ähnlicher Weise spricht sich der Sachverständige L. zu Art. 91. des Gegenbeweises Bl. — des Zeugenfascikels aus, indem er bei großen Wasserständen, namentlich wenn die Schleußenwasser kommen, die Begehung beider Ufer unumgänglich für nöthig erachtet, da dann die Strömung über das ganze Flußbette verbreitet sei.

Hiernach erscheint das Begehen der beiden Ufer bei der Flöße

nicht blos als eine Sache der größeren Bequemlichkeit, sondern des wirklichen Bedürfnisses, und der Umstand, daß man wegen der Verweigerung der Beklagten den in national-ökonomischer Beziehung nicht ganz unwichtigen Floßbetrieb nicht völlig einstellte, sondern nothgedrungen unter erschwerten Umständen und mit vermehrtem Geld- und Zeitaufwande, ja mit Gefahren für die Floßarbeiter fortsetzte, kann keineswegs als ein solches Moment angesehen werden, welches die Beklagten von ihrer Verpflichtung, Behufs der Flößerei ihre Grundstücke begehen zu lassen, zu entbinden vermöchte. Ueberhaupt fällt die Grenze der Nothwendigkeit keineswegs, wie die Beklagten zu wollen scheinen, mit der der Unmöglichkeit zusammen, vielmehr muß dabei die Natur des Floßbetriebes und das Rationelle der Fortführung desselben den Ausschlag gewähren 2c. 2c.

Erscheint nach allen diesen Erwägungen die im vorigen Erkenntnisse ausgesprochene unbedingte Verurtheilung der Beklagten an und für sich als vollkommen gerechtfertigt, und müssen die dagegen von den Beklagten vorgebrachten Gründe für gänzlich unerheblich erachtet werden, so ist es nur noch nöthig, zu Klägers Berufung die im vorigen Erkenntnisse verfügte Beschränkung der Verurtheilung auf die bloße Verstattung des Abstoßens der auf der linken Seite des Floßbaches hängen gebliebenen Floßhölzer einer näheren Erwägung zu unterwerfen. In dieser Beziehung ist nun allerdings das Königl. Oberappellationsgericht zu einer von der der vorigen Instanz abweichenden Ansicht gelangt.

Behandelt man die Verpflichtung der Grundstücke der Beklagten, wie im vorigen Urthel ganz mit Recht geschehen ist, einmal als ein Anhängsel des regalischen Floßrechts, und stellt man dieselben unter die Grundsätze der zum Floßbetriebe erforderlichen Maßnahmen, so erscheint es auch andererseits als folgerichtig geboten, das gedachte Nutzungsrecht in seinem ganzen Umfange, wie es der rationelle und gedeihliche Floßbetrieb erfordert, anzuerkennen, und keineswegs dasselbe auf einzelne Theile der Floßarbeiten, auf das Abstoßen der auf der linken Bachseite hängen gebliebenen Floßhölzer, zu beschränken. Wollte man diese im vorigen Erkenntnisse aufgestellte Schranke wirklich zur strengen Richtschnur nehmen, so würde das Gehen der Floßbeamten und Floßaufseher auf den Grundstücken der Beklagten sich kaum rechtfertigen lassen, da blos die eigentlichen Floßarbeiter mit dem Abstoßen des Holzes zu thun haben. Ueberhaupt kann man bei der von der vorigen Instanz verfügten Beschränkung die Befürchtung nicht von sich weisen, daß dadurch ebenso eine im Voraus gar nicht zu übersehende Menge neuer Hemmnisse für den gedeihlichen und rationellen Floßbetrieb erwachsen dürfte, als auch Gelegenheit zu neuen Streitigkeiten unter den Parteien geboten werden möchte. Beispielsweise kann die von den Sachverständigen bereits erwähnte Verbesserung des Bachbettes und die Regulirung der Stromverhältnisse und Stromrichtung die Betretung der Grundstücke der Beklagten nöthig

machen, würde aber gleichwohl, wenn es bei der im vorigen Erkenntnisse verfügten Beschränkung zu bewenden hätte, nicht als zulässig erachtet werden können. Und so lassen sich noch viele andere Veranlassungen denken, welche, auch abgesehen von dem Abstoßen der hängen gebliebenen Floßhölzer, die Benutzung der Grundstücke der Beklagten für den Floßbetrieb erforderlich erscheinen lassen.

Der Sachverständige von D. hat zwar zum 107. Gegenbeweisartikel sich dahin ausgesprochen, daß die Begehung des linken Ufers an der hier fraglichen Strecke lediglich zum Abstoßen der hängen gebliebenen Floßhölzer erforderlich sei. Allein derselbe Sachverständige sagt auch andererseits, wo er sich über das Ganze des Floßbetriebes ausspricht, zu Beweisartikel 26. Bl. — des Zeugenfascikels aus:

> Die Möglichkeit der Begehung beider Ufer ist während der Flöße erforderlich. Die verschiedenen Wasserstände und Flußbreiten, die vielfachen Wendungen eines Gebirgsbaches und die daraus hervorgehenden verschiedenen Arbeiten bald auf beiden Ufern, bald auf dem einen oder anderen, machen das Begehen beider Ufer nothwendig, daher auch für beide Ufer Leute gehalten werden, welche den Floßgang begleiten, um da, wo es nöthig wird, schnelle Abhülfe zu schaffen.

Auch zu Beweisartikel 28. Bl. — des Zeugenfascikels bestätigt er speciell für den vorliegenden Ufertract,

> daß von der steinernen Brücke in Schandau abwärts die beiderseitige Uferbegehung während der Flöße nicht entbehrt werden könne,

und er fügt zu den Gegenbeweisartikeln 103—105. Bl. — ausdrücklich hinzu:

> die Begehung beider Ufer während des Floßganges durch die Floßbeamten und Arbeiter müsse immerhin vorbehalten bleiben.

Der Sachverständige L. drückt sich bei dem Gegenbeweisartikel 107. etwas vorsichtiger und beschränkender, als der vorige Sachverständige, dahin aus:

> Zu etwas Anderem (als dem Abstoßen des Holzes) wird er (der linke Uferrand) auch wahrscheinlich nicht benutzt werden,

indem er Bl. — den Beweisartikel 26. bereits bestätigt, also im Allgemeinen sich dahin ausgesprochen hat,

> daß er das Begehen beider Ufer für nöthig erachte, um die Vorbereitungen und Vorarbeiten zur Flöße an Ort und Stelle zu treffen, während des Flößens das Abstoßen, Ausziehen, Aufsetzen der Floßhölzer, das An- und Abbinden der Sparren, Klötzer und dergl. zu verrichten, zu leiten und zu überwachen.

Ebenso bestätigt der sachverständige Zeuge von H. den Beweisartikel 26. unbedingt und unbeschränkt, und fügt auf die Frage der Gegner nach Bl. — noch hinzu,

> daß die Ausübung des Flößens nicht anders (als mit Begehung beider Ufer) möglich sei, indem es wegen des Schleußenwassers

und wegen des Zusammenschiebens der Hölzer für die Flößer gefährlich sein würde, im Wasser zu gehen. Stellenweise sei allerdings das Gehen im Wasser möglich, auch geschehen, aber es müsse immer den Flößern die Möglichkeit gegeben sein, auf den Uferrändern zu gehen. Bei hohem Wasserstande, z. B. bei Gewitterregen, könne unter Umständen an allen Stellen das Gehen im Wasser unmöglich sein.

Des Sachverständigen H. Aussprüche Bl. — sind für die vorliegende Frage gar nicht oder nur wenig brauchbar, weil sie an vielfältige Bedingungen und Voraussetzungen gebunden sind, von denen der Sachverständige selbst sagt, daß deren Erfüllung den Floßbehörden nicht obliege.

Endlich enthalten die Aussagen der Gegenbeweiszeugen Wilh. Ehrlich und Joh. Aug. Ehrlich, worauf die vorige Instanz noch besonders Bezug genommen hat, dem ganzen Zusammenhange nach nur Dasjenige, was gewöhnlich vom linken Bachufer aus vorgenommen wurde, und zumeist der äußeren Wahrnehmung sich darbot, nämlich das Abstoßen des hängen gebliebenen Holzes, ohne gerade die Zulässigkeit etwaiger anderer erforderlicher Verrichtungen ausschließen zu wollen. Im Gegentheile fügt der Zeuge Joh. Aug. Ehrlich beim 19. Gegenbeweisartikel z. ew. Ged. (Bl.— der Gegenbeweisurkunde IV.) noch besonders hinzu:

die Flößerleute gingen auf das linke Ufer, „wenn es das Bedürfniß erheischte" und sie das Holz z. B. vom rechten Ufer aus nicht erlangen konnten.

Das Einschiebsel „z. B." ist gar nicht bedeutungslos, da daraus abzunehmen ist, daß der Zeuge das Abstoßen des Floßholzes vom linken Ufer aus eben nur als einzelnes Beispiel des eintretenden Bedürfnisses anführen wollte.

Bei dieser Sachlage scheint selbst durch die vorstehend erwähnten Aussprüche der Sachverständigen und Zeugen die Nothwendigkeit der von der vorigen Instanz ausgesprochenen Beschränkung auf das Abstoßen der am linken Ufer hängen gebliebenen Floßhölzer nicht geboten zu sein. Derartige beiläufige Angaben über einzelne Vorkommnisse beim Floßbetriebe können schon an sich nicht maßgebend sein. Es würde dazu nöthig gewesen sein, daß das Ganze des Floßbetriebes in allen seinen Theilen zum Gegenstande der sachverständigen Beurtheilung und der Zeugenaussagen gemacht würde, um aus ihren Angaben die bestimmte Ueberzeugung zu gewinnen, daß sie das Ganze des Geschäftsbetriebes kannten und bei ihren Aussagen berücksichtigen wollten.

Dem Königl. Oberappellationsgerichte hat es daher für gerechtfertigt erscheinen wollen, die Verurtheilung der Beklagten in ähnlicher Weise, wie die erste Instanz gethan hatte, auf das Bedürfniß eines angemessenen und rationellen Floßbetriebes zu verallgemeinern und darnach die vorige Entscheidung zu Gunsten des Klägers abzuändern.

Bedenklich muß es immer fallen, auf die von der zweiten Instanz geschehene Weise im Voraus das Bedürfniß ein für alle Mal durch Urthel und Recht feststellen zu wollen, da einerseits dasselbe sehr vielgestaltig sein kann, und im Voraus sich unmöglich nach allen Richtungen hin ermessen läßt, andererseits aber auch etwaige, über das wirkliche Bedürfniß hinausgehende Anmaßungen des Floßpersonals am Füglichsten in jedem einzelnen Falle bei Vollstreckung des vorstehenden Erkenntnisses zu beurtheilen sind und auch der Natur der Sache nach nur in dieser Einzelnheit beurtheilt werden können. Hierüber allenthalben werden nöthigenfalls Sachverständige zu hören sein."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen des Anwalts des Staatsfiscus im Königr. Sachsen ÷ Anders und Gen., vom 9. Dec. 1869. — Ger.-Amt Schandau.)

105.

Erledigung der Regel: Negans non excipit etc. durch Erklärungen und Zugeständnisse in der Appellationsinstanz.

„Beklagter hat in der Appellationsdeduction Bl. — erklärt, daß er nach eingezogener Erkundigung als möglich zugebe, daß Klägers Cedent die bei dem 6ten und 8ten Klagpunkte erwähnten 130 Thlr. 23 Ngr. und 8 Thlr. 7 Ngr. 8 Pf. ausgegeben habe. Zugleich erklärte er, außer Stande zu sein, die Bl. — unter 1 a. und 1 b. wegen der 6ten Klagpost erkannten Delateide leisten zu können.

Dies enthält ein Zugeständniß des Beklagten zu Gunsten des Klägers, welches auch in dritter Instanz noch zu berücksichtigen ist.

Dadurch machen sich jedoch zugleich verschiedene Aenderungen in dem Urthel der zweiten Instanz nöthig. Vorerst sind nämlich

1.

die Klagposten 6. und 8., unter Wegfall der Bl. — unter 1 a. und b. geförmelten Eide, in einem Gesammtbetrage von 139 Thlrn. — Ngr. 8 Pf. für zugestanden zu erachten. Sodann kann aber auch

2.

Beklagter nicht mehr zur Ableistung der Bl. — unter 2 a. b. und c. geförmelten Eide, soweit selbige sich auf die Klagposten 6. und 8. beziehen, gelassen werden ꝛc.

3.

Vielmehr sind diese Eide nunmehr blos auf die nach wie vor geleugnete Klagpost 10. zu beschränken und demgemäß in ihrer Fassung entsprechend umzuändern gewesen.

4.

Zugleich hat aber Beklagter unter Berufung auf die Rechtsentscheidung in der

darauf angetragen, daß der Grundsatz: „negans non excipit, jure-jurando delato et acceptato“ in dem vorliegenden Falle gegen ihn nicht weiter geltend gemacht, die poena infitiationis der Erl. Proceßordnung ad Tit. XVI. §. 3. nicht für anwendbar erklärt, er vielmehr nunmehr, nachdem er das gedachte Geständniß abgelegt habe, auch den Klagposten 6. und 8. gegenüber zum Beweise der von ihm vorgeschützten Ausflüchte gelassen werde.

Das Königl. Oberappellationsgericht hat auf Grund früherer von ihm ertheilter Rechtssprüche, abgedruckt in den

Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Bd. III. S. 453 f. vom 31. Januar 1861.*) und N. F. Bd. VI. S. 55 f. vom 9. März 1869.

diesem Antrage entsprechen zu müssen geglaubt. Vorerst betreffen die bei den Einlassungspunkten 52—59. und 73—77. erwähnten Thatsachen solche Handlungen, bei denen Beklagter nicht unmittelbar concurrirte, die er also als fremde Handlungen nicht nothwendig wissen mußte, sondern auch mit Nichtwissen beantworten konnte.

Schon deshalb kann ihm nicht unbedingt ein frivoles Leugnen derselben zur Last gelegt werden, und es scheint deshalb der Eintritt der Strafe der Erl. Proceßordnung ad Tit. XVI. §. 3. in diesem Falle nicht geboten zu sein, vielmehr der in den obgedachten Erkenntnissen ausgesprochene Grundsatz Anwendung finden zu müssen.

In dem vorliegenden Falle hat nun zwar Beklagter die gedachten fremden Thatsachen nicht in's Nichtwissen gestellt, sondern bestimmt verneint, auch hat er den angetragenen Eid nicht stillschweigend, sondern ausdrücklich angenommen. Allein diese Formalien dürften dennoch nicht von solcher Wichtigkeit sein, daß man deshalb so ohne Weiteres ein frivoles Leugnen als vorhanden und erwiesen annehmen könnte, und außerdem setzt die Erl. Proceßordnung eben gerade voraus, daß der Beklagte litem negative contestirt habe, und verstattet gleichwohl unter gewissen Voraussetzungen die Zulassung des Beklagten zum Beweise der Ausflüchte.

Ferner beruhen die Klagpunkte 6. und 8. nicht allein auf den Bl. — unter 1 a. und b. geförmelten Eiden, sondern bezüglich des dafür angeführten zweiten Klaggrundes auch noch cumulativ auf den Bl. — unter 2 a. b. und c. erkannten Delateiden, welche eigene Handlungen des Beklagten betreffen; und dieser zuletzt gedachten Eide ist Beklagter im vorstehenden Erkenntnisse für verlustig erklärt worden. Allein dies Letztere ist nicht etwa deshalb geschehen, weil Beklagter bezüglich der von den gedachten Eidesnotuln umfaßten Thatsachen etwas zugestanden hätte, da es im Gegentheile in dieser Beziehung an allen Zugeständnissen fehlt, sondern es mußten die letztgedachten Eide unter 2 a. b. und c. blos deshalb aberkannt werden,

*) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 21. a. a. O.

weil Beklagter die Hauptverbindlichkeit zugeſtanden hatte, der Delateide über das Anerkenntniß ſeiner Schuldverbindlichkeit es mithin nicht mehr bedurfte.

Endlich erwähnt zwar noch die Erl. Proceßordnung ad Tit. XVI. §. 3. bei den Worten:

> wenn er nicht, daß er bei der Litiscontestation von demjenigen, ſo er negiret, keine andere Wiſſenſchaft gehabt, eidlich zu erhalten vermag,

eines Calumnieneides. Allein nach dem Vorgange der obgedachten Präjudizien hat man im vorliegenden Falle auch davon abgeſehen, weil ſchon aus den übrigen Umſtänden ſich erkennen läßt, daß dem Beklagten ein frivoles Leugnen nicht ſo ohne Weiteres zur Laſt gelegt werden kann.

Aus dieſen Erwägungen hat alſo das Königl. Oberappellationsgericht den Beklagten nicht blos einem Geſammtbetrage von 73 Thlrn. 28 Ngr. 8 Pf. gegenüber zur Beſcheinigung ſeiner Ausflüchte zu laſſen, ſondern nunmehr auch in Beziehung auf den 6ten und 8ten Klagpunkt, mithin zuſammen in Beziehung auf eine Geſammtſumme von 212 Thlrn. 29 Ngr. 6 Pf. auf förmlichen Beweis der Ausflüchte zu erkennen gehabt."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Schäfer's ÷ Opitz, vom 14. Dec. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Dresden.)

106.

Bürgſchaft und Creditauftrag. — Zum Beweiſe der Haftpflicht des Beklagten dient an ſich der Nachweis, daß derſelbe die bezügliche Verbürgungsurkunde ausgeſtellt habe. — Die Ausflucht der Vorausklage iſt nicht dadurch, daß der Beklagte die Ausſtellung der Urkunde verneint habe, wohl aber dann ausgeſchloſſen, wenn der Hauptſchuldner bereits vergeblich ausgeklagt war. — Einrede des vom Gläubiger mit dem Hauptſchuldner eingegangenen Vergleichs. — (Zu §§. 1449 ff. u. 1476 ff. des bürgerl. Geſetzbuchs.)

„Der Anſicht des Beklagten, welche auch in den Rationen der beiden vorigen Erkenntniſſe Billigung erfahren hat, daß der Inhalt der Urkunde sub A. Bl. — an und für ſich allein zur Begründung der vorliegenden Klage nicht ausreichen würde, hat man in gegenwärtiger Inſtanz nicht beizupflichten vermocht. In dieſer Urkunde ſind zwar die Verbindlichkeiten Camillo Grützner's, für welche der Beklagte haften zu wollen erklärt, ihrem Gegenſtande und Entſtehungsgrunde nach nicht näher bezeichnet. Allein es ſind in derſelben doch wenigſtens die Perſon des Schuldners und die Firma der Kläger, für deren Forderungen der Beklagte einzuſtehen hatte, angegeben worden. Hiernach iſt die Urkunde A. keineswegs ſo unbeſtimmt, daß

sich der Sinn und Zweck des Vertrages ohne äußerliche Hülfsmittel daraus nicht erkennen ließe. Denn hat sich Jemand ohne irgend eine Beschränkung rücksichtlich der Entstehungsgründe, der Zeit, oder des Betrages, also ganz im Allgemeinen für die Schulden eines Dritten an eine bestimmte Person verbürgt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß er für alle Verpflichtungen, welche aus Rechtsgeschäften zwischen jenem Dritten und dieser bestimmten Person auf Seiten des Ersteren entstehen, haften wolle. Im vorliegenden Falle ist aber auch noch besonders zu gedenken, daß als Gläubigerin die Handelsfirma der Kläger benannt worden ist, somit also noch weniger Zweifel darüber obwalten kann, daß Beklagter für alle, aus der Geschäftsverbindung des Camillo Grützner mit dieser Firma originirenden Verpflichtungen habe einstehen wollen. Bei der umfassenden Erklärung des Beklagten in der Urkunde A. ist dessen Haftpflicht theils auf die zur Zeit der Ausstellung dieser Urkunde bereits begründeten, theils auf die künftig noch entstehenden Verpflichtungen zu beziehen. In der ersteren Hinsicht enthält dieselbe daher eine gewöhnliche Bürgschaft, in der letzteren dagegen einen nach §. 1476 f. des bürgerl. Gesetzbuchs zu beurtheilenden Creditauftrag. Der Ausdruck „Verbindlichkeiten" steht dieser Auslegung und der Beziehung der Urkunde auf künftige Verpflichtungen nicht entgegen, weil die Haftung des Beklagten erst dann ins Leben treten konnte, wenn eine Verpflichtung zur Entstehung gelangt war.

In dieser Erwägung ist dem zweiten Erkenntnisse eine Erläuterung beigefügt worden, nach welcher es an sich zum Beweise der Haftpflicht des Beklagten für die in der Klage gedachten Forderungen der Kläger genügt, wenn der Beklagte ihnen die Urkunde A. Bl. — ausgestellt hat. Dem Beklagten würde es freistehen, im directen Gegenbeweise Umstände auszuführen, welche eine andere und beschränktere Interpretation dieser Urkunden zu rechtfertigen vermöchten, und für diesen Fall muß es dem Ermessen der Kläger überlassen bleiben, ob sie vorsorglich solche Thatsachen in den Kreis ihrer Beweisführung aufnehmen wollen, welche geeignet wären, die der gegenwärtigen Entscheidung zu Grunde liegende Auslegung der gedachten Urkunde gegen die etwaige Ausführung im directen Gegenbeweise zu sichern.

Da bei dem Creditauftrage der Auftraggeber für die seinem Auftrage gemäß entstandene Schuld des Dritten als Bürge haftet (§. 1476. des bürgerl. Gesetzbuchs), so erscheint nach §. 1456. der Anspruch der Kläger auch rücksichtlich der durch die Einklagung der Hauptschuld entstandenen Kosten als schlüssig begründet. Daß aber die Kläger den Beweis ihrer Forderungen an den Hauptschuldner dem Beklagten gegenüber noch zu führen haben, ist bereits rechtskräftig entschieden.

Die von dem Beklagten Bl. — vorgeschützte Ausflucht der Vorausklage ist nicht beachtlich. Zwar würde nach den Vorschriften des bürgerl. Gesetzbuchs §. 1462.

vergl. Siebenhaar's Commentar Bd. II. S. 369. ed. II.

diese Ausflucht dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß der Beklagte die Ausstellung der Urkunde A. Bl. — verneint hat; auch würde man Bedenken tragen, sich der Ansicht anzuschließen, daß der 2te Absatz von Art. 281. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs auf den vorliegenden Fall einer Einzelnbürgschaft anzuwenden sei,

vergl. Siebenhaar, Correalobligationen S. 370. sub b.

allein nach Inhalt der auf Antrag der Kläger Bl. — schon beim ersten Verfahren herzugezogenen Beilagsacten Nr. 2294/1868. A. Bl. — ist liquid, daß die Kläger den Hauptschuldner bereits ausgeklagt haben, und daß sich bei der verfügten Auspfändung desselben gar kein Hülfsobject vorgefunden hat. Dieser Nachweis ist nach §. 1461. des bürg. Gesetzbuchs vollkommen ausreichend, denn der Beweis, daß der Hauptschuldner keine Zahlungsmittel irgend einer Art gehabt habe, kann, wenn der Hauptschuldner bis zur Execution ohne Erfolg ausgeklagt worden ist, dem Gläubiger nicht angesonnen werden, wie sich schon daraus ergiebt, daß das Recht des Bürgen auf die Vorausklagung wegfällt, wenn der Gläubiger nachweisen kann, daß der Schuldner zahlungsunfähig sei. Daß der Letztere im Stande gewesen sei, Zahlung zu leisten, oder daß die Kläger nur unterlassen hätten, die geeigneten Hülfsobjecte zu bezeichnen, hat der Beklagte selbst nicht behauptet, im Gegentheil hat er Bl. — angeführt, daß Kläger dem Hauptschuldner unter Verhältnissen Gestundung ertheilt hätten, wo derselbe schon in Vermögensverfall gerathen gewesen.

Unter diesen Umständen wäre es nur ein leerer Formalismus gewesen, hätte man den Klägern noch den Beweis von Thatsachen auflegen wollen, welche aus den beiliegenden Acten klar hervorgehen.

Da nach der Auffassung der gegenwärtigen Instanz die Verpflichtung des Beklagten, für die Forderungen der Kläger an Camillo Grützners zu haften, auf einen Creditauftrag gegründet ist, so würde nach §. 1478. des bürgerl. Gesetzbuchs dieselbe erloschen sein, wenn die Kläger dem Hauptschuldner ohne Genehmigung des Beklagten eine Gestundung gegeben hätten, und es würde dabei nicht noch des in §. 1466. am Schlusse gedachten besonderen Nachweises bedürfen, daß dies unter Verhältnissen geschehen sei, unter welchen der Vermögensverfall des Hauptschuldners vorausgesehen werden können. Nun kann aber weder darin, daß die Kläger, welche am 9. Juli 1868 noch eine Baarzahlung von 50 Thlrn. empfangen hatten, mit der Anstellung der Klage gegen den Schuldner bis zum 15/18. Sept. 1868 Anstand genommen, noch in dem Abschlusse eines proceßgerichtlichen, nach §. 85. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 zur Einleitung des executivischen Verfahrens geeigneten und somit zur Abkürzung des Processes dienenden Vergleiches, bei welchem dem Beklagten eine Zahlungsfrist von sechs Wochen gesetzt worden ist, eine Gestundung im Sinne des §. 1478. erblickt werden, und der Beklagte kann sich daher nicht darüber beschweren, daß ihm, ohne Widerspruch der Klä-

ger, die Ausführung der betreffenden Ausflucht in der Bl. — bezeichneten Maße für den Gegenbeweis nachgelassen worden ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Böters und Consl. (Firma Böters u. Comp.) ÷ Grützner, vom 14. Dec. 1869. — Ger.-Amt Nossen.)

107.

Ueber das sogen. Oralfideicommiß (legatum praesenti heredi injunctum).

„Obschon die Appellation der Beklagten insoweit, als ihre Tendenz auf die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses gerichtet war, nicht für begründet angesehen werden konnte, so mußte das Königl. Oberappellationsgericht doch Bedenken tragen, die weitere Beschwerde der Beklagten, daß auf den Beweis der Klage in dem im vorigen Urthel näher angegebenen Umfange nicht habe interloquirt werden sollen, ebenfalls für unbeachtlich zu erklären. Die Klage beruht auf dem Anführen Bl. —,

> der ab intestato verstorbene Sch. habe an seinem Todestage in Gegenwart seiner vollbürtigen Schwester Charlotte Louise Sch., der Klägerin und der Schwester der Letzteren und einer gewissen K., seinen Erben ein Vermächtniß von 6000 Thlrn. zu Gunsten der Klägerin auferlegt, indem er zu seiner Wirthschafterin, der Schwester der Klägerin, gewendet, in Gegenwart seiner Schwester gesagt habe: „Deine Schwester hier," auf die Klägerin zeigend, „soll nach meinem Tode 6000 Thlr. erhalten, wenn sie hier bei mir bleibt und mich bis zu meinem Tode pflegt."

Soviel den Theil dieses Anführens bis zu dem Worte „auferlegt" anlangt, so ließe sich dagegen einwenden, es setze die Errichtung eines sogen. Oralfideicommisses in Gemäßheit der §§. 2384. und 2385. des bürgerl. Gesetzbuchs Aeußerungen des Errichters voraus, aus welchen hervorgehe, daß er seinem Erben, als solchem, ein Vermächtniß aufzulegen beabsichtige, hieran fehle es aber in dem vorliegenden Falle, weil die Schwester des Erblassers zwar Intestaterbin geworden sei, in der Klage aber nicht darauf Bezug genommen werde, es habe der Erblasser bei der Anordnung des Vermächtnisses darauf hingewiesen, er werde ab intestato versterben und es werde ihn seine gegenwärtige Schwester ab intestato beerben. Denn irgend eines Hinweises auf die Erbenqualität Desjenigen, welcher nach dem Tode des Erblassers Erbe wird, bedarf es, um bestimmen zu können, ob in den Aeußerungen, welche der Erblasser gethan haben soll, ein dem gegenwärtigen Erben auferlegtes Vermächtniß, oder nur der Ausspruch des Vorsatzes, ein Vermächtniß erst künftig anzuordnen, enthalten sei.

Aber, auch abgesehen hiervon, läßt sich das oben wörtlich gegebene Anführen nur so erklären, es finde die Klägerin in den Thatsachen, auf welche sie in dem, mit dem Worte „indem" beginnenden zweiten Satze Bezug nimmt, ein sogen. Oralfideicommiß. Die vorige Instanz hat Bl. — ff. hierauf ganz richtig aufmerksam gemacht und namentlich

weiter ausgeführt, daß die Klage, wenn sie so interpretirt werde, des erforderlichen Fundamentes entbehre, weil ein sogen. Oralfideicommiß Aeußerungen voraussetze, welche der Erblasser dem Erben gegenüber gethan habe. Wenn die Klägerin Bl. — ff. hiergegen bemerkt, daß der §. 2384. des bürgerl. Gesetzbuchs die Errichtung eines sogen. Oralfideicommisses lediglich an das Erforderniß der Gegenwart des Erben, aber nicht an eine weitere Form knüpfe, so verwechselt sie die Form mit dem Inhalte. Soviel die Form anlangt, so ist eine solche zu dem sogen. Oralfideicommisse nicht nöthig, vielmehr genügt jede Anordnung des Vermächtnisses, in welchen Worten sie auch erfolgt, es bedarf keiner solennen Worte, es kommt lediglich darauf an, ob der Erblasser seinen Willen, das Vermächtniß zu hinterlassen, zu erkennen gegeben hat. Soviel den Inhalt betrifft, so muß der Erblasser seinen Willen dem gegenwärtigen Erben gegenüber ausgesprochen haben. Zwar macht es keinen Unterschied, ob er seinen Willen in die Form des Befehles, des Wunsches oder der Bitte, Hoffnung und Erwartung eingekleidet, aber er muß, wie aus den §§. 2384. 2385. unzweifelhaft hervorgeht, seinen Willen dem Erben gegenüber ausgesprochen haben. Es reicht namentlich die bloße Gegenwart des Erben nicht hin.

Nach der Fassung der Klage gewinnt es den Anschein, als handle es sich nicht sowohl um ein sogen. Oralfideicommiß, als vielmehr um eine Schenkung auf den Todesfall. Als eine solche könnte aber, da die Schenkung nicht sofort durch Tradition vollzogen worden ist, die letztwillige Anordnung nur gelten, wenn die für die Vermächtnisse vorgeschriebene Form beobachtet worden wäre (§§. 2500 bis 2502. des bürgerl. Gesetzbuchs). Wenigstens kann man in den Verhandlungen und Thatsachen, welche in der Klage erzählt werden, nur eine Schenkung auf den Todesfall, wie sie in dem Commentar Bd. 3. S. 372. unter Nr. 1. und 2. in ihrer Natur näher beschrieben wird, finden. Hätte die Klägerin ihre Klage auf die Behauptung zu stützen beabsichtigt, daß der verstorbene Sch. ihr 6000 Thlr. unter Lebenden geschenkt und nur die Auszahlung auf die Zeit seines Todes hinausgeschoben habe, so würde es einer ganz anderen Begründung bedurft haben, des Umstandes nicht besonders zu gedenken, daß eine Schenkung unter Lebenden, wenn sie die Summe von 1000 Thlrn. übersteigt, ohne Beobachtung der in §§. 1056—1058., in Verbindung mit §. 1064. des bürg. Gesetzbuchs, vorgeschriebenen Form nicht für gültig anzusehen ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen verw. Jahn ÷ unverehel. Scheube, vom Monate October 1869.*) — Bez.-Ger.-Amt Leipzig.)

108.

Entbehrt eine Klage der gehörigen factischen Begründung, so kann auch nicht auf deren Beweis erkannt werden.

„Wenn die vorige Instanz auf Beweis der Klage, ungeachtet der

*) In vierter Instanz bestätigt mittelst Urthels vom 22. Januar 1870.

gegen deren Schlüssigkeit vorhandenen Bedenken, erkannt und das Suchen der Klägerin nur rücksichtlich der geforderten Verzugszinsen von einem früheren Zeitpunkte, als dem der erhobenen Klage, an in der angebrachten Maße abgewiesen hat, so vermag man den Bl. — ff. dafür angegebenen Grund, es müsse der Klägerin unbenommen sein, ihre Klage in dem Beweise noch factisch zu ergänzen, nicht für richtig zu halten. Da nämlich, wie oben ausgeführt worden ist, die Klage der factischen Begründung entbehrt, so kann auch nicht auf deren Beweis erkannt werden, weil die Klägerin in dem Beweise auf ganz neue, bis jetzt noch gar nicht zur Sprache gekommene und in ihrem juristischen Elemente geprüfte Thatsachen articuliren müßte, der Beweis daher die Bedeutung der Klage hätte und die künftige Definitive nicht blos darüber, ob die Klage bewiesen worden sei oder nicht, sondern auch darüber, ob die im Beweise ausgeführten Thatumstände einen Klaggrund enthalten oder nicht, zu erkennen haben würde.

Aus diesen Gründen hat man, auf die Appellation der Beklagten, das zweite Urthel insoweit, als es auf Beweis der Klage erkannt hat, abgeändert und die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen, auch die Klägerin in die Kosten des Processes verurtheilt."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen verw. Jahn ÷ unverehel. Scheube, vom Monate October 1869.*) — Bez.-Ger.-Amt Leipzig.) =

109.

Zur Lehre vom Versicherungsvertrage. — Perfection des Versicherungsvertrags. — Beweislast rücksichtlich der Behauptung, daß der Versicherte die Versicherungsbedingungen nicht erfüllt habe.

„Abgesehen einstweilen von der später zu behandelnden Frage, ob als bewiesen zu betrachten sei, daß das Handlungshaus C. & Co. in St. Petersburg zum unmittelbaren Abschlusse von Versicherungsverträgen Namens der Beklagten ermächtigt gewesen sei, theilt man

1.

die Ansicht der vorigen Instanz, daß die Klage in den Thatsachen, auf welche sich die im ersten Erkenntnisse Bl. — angeführten Einlassungsabschnitte beziehen, ihre ausreichende Begründung erhalte. Stellt man sich bei der Diagnose des Rechts der Versicherungen auf den Standpunkt der Rechtswissenschaft und bestimmt man von diesem Standpunkte aus die Obligation des Versicherers zur Zahlung der Versicherungssumme lediglich aus der Natur und dem Zwecke der Versicherungen, so findet man, daß der Versicherungsvertrag, wenn durch ihn die Obligation des Versicherers für begründet zu betrachten sein soll, zwei Stadien durchläuft, welche zwar nicht immer in ihrer äußern Erscheinung auseinanderfallen, sich aber logisch stets trennen lassen.

*) In vierter Instanz bestätigt.

Das erste Stadium schließt mit dem gegenseitigen Einverständnisse der Contrahenten über das Objeet, welches versichert wird, über die Gefahr, welche der Versicherer übernimmt, über die Summe, welche im Falle des Eintrittes des casus bezahlt werden soll, über die Zeitdauer der Versicherung und endlich über den Betrag der von dem Versicherten zu bezahlenden sogen. Prämie. Ein Versicherungsvertrag, welcher an diesem Ziele angelangt ist, begründet Obligationen für beide Contrahenten. Die Fragen, ob die beiderseitigen Obligationen in dem Verhältnisse der Leistung und Gegenleistung zu einander stehen, ob der Vertrag Zug um Zug zu erfüllen sei, oder ob einem Contrahenten die Vorleistung obliege, oder ob endlich die Obligation des Versicherers erst entstehe, wenn der Versicherte die Prämie bezahlt habe, die Zahlung der Prämie jedoch nur unter den Gesichtspunkt einer sogen. Potestativ-Bedingung zu subsumiren sei, können in dem vorliegenden Falle unbeantwortet bleiben.

Das zweite Stadium des Versicherungsvertrages endigt mit dem Momente, wo der Versicherte die Prämie bezahlt. Von diesem Momente an hat der Versicherte die Voraussetzungen erfüllt, von welchen die Haftung des Versicherers für die Gefahr abhängig gewesen ist, und es besteht nur noch eine (einseitige) Obligation des Versicherers. Zur Charakterisirung der (einseitigen) Obligation des Versicherers sei nur soviel bemerkt, daß sie, als sogen. praestatio ne quid fiat, zwar nur wirksam wird, wenn die versicherte Sache innerhalb der Dauer der Versicherung durch den im Versicherungsvertrage angegebenen Zufall untergeht oder beschädigt wird, es jedoch nicht zu rechtfertigen sein würde, wenn man die Verbindlichkeit des Versicherers zur Zahlung der Versicherungssumme, nach Zahlung der Prämie, für eine suspensiv-bedingte erklären wollte.

Wie bereits oben erwähnt worden ist, können die beiden Stadien des Versicherungsvertrages auch zusammenfallen; es bedarf namentlich nicht schlechterdings eines besonderen Vertrages über die Versicherungsbedingungen, vielmehr kann der Consens auch thatsächlich erklärt werden, z. B. wenn der Versicherer die Prämie fordert und der Versicherte sie bezahlt, oder dieser die Prämie bezahlt und jener sie annimmt.

Das vorstehend angegebene Recht der Versicherungen ergiebt sich aus der Natur der Sache. Dasselbe gilt ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Contrahenten und ohne Rücksicht auf den Staat, in welchem contrahirt wird. (Man vergl. Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch ed. II. Bd. 1. S. 34 ff.)

Bereits Bl.— ist die Klage Bl.—, soweit sie auf der Behauptung beruht, daß das in der Nacht vom 26. zum 27. Juli 1864 verbrannte Waarenlager des Klägers bei der Beklagten gegen Feuersgefahr versichert gewesen sei, von der ersten Instanz ganz richtig in nachstehende Abschnitte zerlegt worden:

a) Anzeige des Klägers an die Generalagentur der verklagten Gesellschaft zu St. Petersburg, das dortige Handelshaus C. & Co. daselbst, als ihre zum Abschlusse von Versicherungsverträgen beauftragte Vertreterin, daß er bei der Beklagten sein Lager von Matten und Mattensäcken für 10,000 S.-Rubel versichern wolle. (E.-A. 14 bis 20. und Klagbeifuge A. Bl. 6.)

b) Die Rückanzeige der genannten Generalagentur an den Kläger, daß sie für die Beklagte auf die angebotene Versicherung nach Höhe von 8,000 S.-Rubel auf die Zeit vom 12. October 1863 bis 12. October 1864 eingehe, unter gleichzeitiger Ausstellung der Klagbeilage unter B. Bl. — (E.-A. 24 bis 34.).

c) Die Bezahlung der dem Kläger von der Generalagentur für jene Versicherung berechnete Prämie von 80 S.-Rubel und 3 S.-Rubel für Police und Porto an die Generalagentur gegen deren Quittung (E.-A. 35 bis 37. und Klagbeilage B.).

Die Ermächtigung des Handlungshauses C. & Co. in St. Petersburg zu dem directen Abschlusse von Versicherungsverträgen für die Beklagte vorausgesetzt, kann es kaum als zweifelhaft betrachtet werden, daß auf den Beweis der in den Einlassungs-Abschnitten 33 bis 37. verneinten Thatsachen, mit Vorbehalt der Entscheidung über den in der Klage gebrauchten Eidesantrag für die Definitive zu erkennen sei. Man kann sich insoweit auf die Rationen der beiden vorigen Instanzen beziehen, bemerkt jedoch noch Nachstehendes.

aa) Da es sich um ein in Rußland geschlossenes Rechtsgeschäft handelt, so ließe sich gegen die Zeitangaben des Klägers der Einwand machen, daß es an einer Erklärung darüber fehle, ob das Versicherungsjahr nach dem alten oder neuen Kalender zu berechnen sei. (Man vergl. Commentar ed. II. Bd. 1. S. 124. und Einert, im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht, Bd. 17. S. 225 ff.) Indessen kommt in dem vorliegenden Falle hierauf etwas nicht an, weil, mag man die Zeit nach altem oder neuem Kalender berechnen, der Brand, welcher das versicherte Waarenlager des Klägers zerstört hat, in das Versicherungsjahr fällt.

bb) Die Differenz, welche sich zwischen der Declaration Bl. — und dem Schriftstücke Bl. — insofern findet, als in jener Matten und Mattensäcke, als Umsatzcapital, zu einem Betrage von 10,000 S.-Rubel zur Versicherung angemeldet worden sind, in diesem dagegen von der „Habe des Klägers", welche für 8,000 S.-Rubel gegen Feuersgefahr versichert sein solle, die Rede ist, erscheint unerheblich, weil, soviel das Object der Versicherung angeht, die „Habe" ein viel weiter reichender Begriff ist, als ein in Matten und Mattensäcken bestehendes Umsatzcapital und, anlangend die Herabsetzung der Versicherungssumme von 10,000 S.-Rubel auf 8,000 S.-Rubel, wenn man selbst die Vorschrift des §. 839. Satz 2. des bürgerl. Gesetzbuchs nicht für anwendbar halten wollte, das Einverständniß der Contrahenten über die Ver-

ſicherungsſumme dadurch hergeſtellt worden iſt, daß der Kläger die nach 8,000 S.-Rubel berechnete Prämie bezahlt hat.

cc) Wenn der Kläger die geforderte Prämie an den in der Klage genannten M. W. bezahlt hat, ſo bedarf es allerdings des Nachweiſes der Berechtigung des gedachten M. W. zum Empfange der Prämie. Dieſer Nachweis liegt aber in dem Schriftſtücke Bl. —, indem darin ausdrücklich geſagt wird, es ſolle die Prämie an M. W. bezahlt werden. War aber der Kläger von dem Handelshauſe C. & Co. mit der Zahlung der Prämie an eine ihm namhaft gemachte Perſon gewieſen, ſo hatte er nicht nöthig, ſich um das Verhältniß zu kümmern, in welchem die ihm namhaft gemachte Perſon zu dem Handlungshauſe C. & Co. ſtand (§. 692. des bürgerl. Geſetzbuchs).

dd) Beweiſt der Kläger die in den Einlaſſungsabſchnitten 33 bis 37. enthaltenen Thatſachen, ſo wird ſich ſchwerlich die Nothwendigkeit ergeben, auf das oben zu a) und b) referirte Sachverhältniß zurückzugehen. Wenigſtens würde, wenn der Beweis, welchen der Kläger geführt haben wird, einzelne Lücken haben ſollte, die Frage entſtehen, ob es nicht zweckmäßiger wäre, mit einem Erfüllungseide nachzuhelfen, als die Definitive von dem Eide über die Klage abhängig zu machen. Aber, wenn man auch die Denkbarkeit ſetzen wollte, es könnte ſich in der künftigen Definitive ein Zurückgehen auf den Eid über die Klage nothwendig machen, ſo würde es doch in jedem Falle nicht gerathen ſein, ſich darüber auszuſprechen, ob und inwieweit der in der Klage angetragene Eid ſtatthaft ſei oder nicht, da ſich im Voraus nicht beurtheilen läßt, inwieweit es dieſes Eides nach dem künftigen Ergebniſſe des Beweiſes noch bedürfen werde.

ee) Das zu dd) Geſagte gilt namentlich auch von dem Klaganführen, auf welches ſich die Rationen der vorigen Inſtanz Bl. — beziehen, und nur ſoviel ſei bemerkt, daß die Entſcheidung über den in dieſer Hinſicht gebrauchten Eidesantrag ebenfalls der künftigen Definitive vorbehalten bleibt und die rechtlichen Ausführungen Bl. — der künftigen Endentſcheidung nicht präjudiciren können.

2.

Während die erſte Inſtanz nach Bl. — den Beweis der Klage auch in Beziehung auf die Thatſache, daß das Handlungshaus C. & Co. in St. Petersburg zum Abſchluſſe von Verſicherungsverträgen Namens der Beklagten ermächtigt geweſen ſei, erfordert hat, hat die zweite Inſtanz Bl. — ff. von den in dem erſten Erkenntniſſe zum Beweis ausgeſetzten Einlaſſungsabſchnitten die 4a. bis 4f. ausgenommen und die angegebene Thatſache für bereits erwieſen erklärt. Man billigt die von der zweiten Inſtanz für ihre Anſicht angegebenen Gründe Bl. — ff. unter Nr. 3a. und indem man ſich darauf im Allgemeinen bezieht, bemerkt man nur noch kürzlich Nachſtehendes.

a) Da die erſte Inſtanz Bl. — ff. auf Grund des §. 29. der ihr Amtswegen bekannten Statuten der Beklagten bezeugt hat, daß die

Beklagte durch den Verwaltungsrath und dieser wieder durch den vollziehenden Director nach Außen oder Dritten gegenüber vertreten werde und der vollziehende Director namentlich berechtigt sei, zu seiner Vertretung Vollmachten zu ertheilen, so wäre es Sache der Beklagten gewesen, ihren Einwand wider die Gültigkeit der von ihr Bl. — beigebrachten Vollmacht, es habe nämlich nach den Statuten der Gesellschaft der vollziehende Director die Gesellschaft in rechtlicher Hinsicht nicht vertreten können (Einlassungsabschnitt 129b. Bl. —), es sei die Vollmacht nur von dem damaligen vollziehenden Director Z., ohne und gegen den Willen der Beklagten und des Verwaltungsrathes derselben ausgestellt worden, näher zu substantiiren und namentlich durch Beibringung der Statuten zu begründen.

b) Das Zugeständniß der Beklagten, es sei die Vollmacht für das Handlungshaus C. & Co. von ihrem vollziehenden Director ausgestellt worden, reicht schon an sich aus, weil, wenn für eine Actiengesellschaft ein vollziehender Director bestellt wird, dieß nur so verstanden werden kann, es solle dieser die Gesellschaft nach Außen in rechtlicher Beziehung zu vertreten haben.

c) Wäre die dem Handlungshause C. & Co. ertheilte Vollmacht insofern für unvollständig zu betrachten, als sie nur von dem vollziehenden Director der Beklagten ausgestellt worden wäre, so würde doch aus den Geständnissen der Beklagten in den Anmerkungen zu den Einlassungsabschnitten 41. und 69. Bl. — und Bl. — auf eine Genehmigung der Vollmacht von Seiten der Beklagten zu schließen sein.

d) Soviel die Vollmacht selbst betrifft, so ermächtigt sie das Handlungshaus C. & Co. in St. Petersburg theils zu Rückversicherungen mit russischen Versicherungsgesellschaften, theils zu directen Versicherungen (mit russischen Unterthanen). Nur auf erstere bezieht sich der Zusatz „vorbehältlich unserer Genehmigung". Dagegen findet sich ein gleicher Zusatz bei den letzteren nicht. Unter diesen Umständen kann die Frage, ob in dem Zusatze eine nur im Verhältnisse des Auftraggebers zu dem Beauftragten wirksame, Dritten gegenüber unkräftige, s. g. Instruction zu erblicken sei, für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben.

3.

Beide vorige Instanzen haben Bl. —, Bl. —, und Bl. — angenommen, daß der Versicherungsvertrag, welchen der Kläger mit dem Handlungshause C. & Co. in St. Petersburg geschlossen habe, in Beziehung auf die Form nach Russischem Rechte zu beurtheilen sei, sie haben jedoch die Behauptung der Beklagten, daß nach ihren Statuten, nach allgemeiner Usance, nach Sächsischem und Russischem Rechte ein Versicherungsvertrag erst durch Ausfertigung der Police perfect werde, in den Gegenbeweis verwiesen. Wie die Sache jetzt liegt, läßt sich darüber, welcher Einfluß der Behauptung der Beklagten beizulegen sei, ein Urtheil überhaupt noch gar nicht

aussprechen. Insbesondere herrscht über die dabei in Betracht zu ziehenden Verhältnisse in einer dreifachen Beziehung eine Ungewißheit.

Zunächst nämlich ist

a) nicht klar, ob die Beklagte die Nothwendigkeit der Aushändigung der Police für das oben zu 1) angegebene erste Stadium des Versicherungsvertrages, nämlich für die Vereinbarung der Contrahenten über die nach dem Gesetze oder nach ihrer Absicht wesentlichen Punkte der Versicherung (§. 783. des bürgerl. Gesetzbuches), habe behaupten wollen, oder ob ihre Meinung dahin gegangen sei, es bilde auch selbst dann, wenn der Versicherte die Prämie bezahlt habe, die Ausstellung der Police eine wesentliche Voraussetzung der Obligation des Versicherers zur Zahlung der Versicherungssumme.

Sodann hat die Beklagte

b) sich darüber nicht mit Bestimmtheit erklärt, ob nach ihrem Dafürhalten die Police eine bestimmte Form haben müsse, wenn sie zum Zeichen des Abschlusses des Versicherungsvertrages dienen soll, und welche Form die erforderliche sei.

Endlich liegt

c) auf der Hand, daß der Einfluß des Anführens der Beklagten, es gehöre nach ihren Statuten, nach allgemeiner Usance, nach Sächsischem und Russischem Rechte die Ausstellung einer Police zur Perfection des Versicherungsvertrages, nur dann bestimmt werden kann, wenn in Gewißheit beruht, welches Recht für den vorliegenden Fall maßgebend sei.

Handelte es sich bei dem angegebenen Anführen der Beklagten um eine Einrede im technischen Sinne des Wortes, d. h. um einen Thatumstand, durch welchen die Klage, obschon sie an sich begründet ist, doch in dem grade vorliegenden Falle ausgeschlossen wird, so würde das Anführen, wegen seiner Unbestimmtheit und Allgemeinheit, gar nicht zu berücksichtigen sein (Commentar ed. II. Bd. 1. S. 176. und Erl. Proceßordnung ad tit. XI. §. 4.). Eine Einrede im technischen Sinne des Wortes liegt jedoch in dem Anführen nicht. Zwar hat Derjenige, welcher behauptet, daß ein Rechtsgeschäft, für welches eine Form nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, ausnahmsweise an eine Form geknüpft sei, dieß zu beweisen. Aber dessenungeachtet ist dieß ein Gegenstand des directen Gegenbeweises, weil der Kläger, welcher einen Anspruch aus einem Rechtsgeschäfte ableitet, für welches eine besondere Form gilt, auch die Beobachtung der Form zu beweisen hat (Commentar a. a. O. S. 202.).

Ist es nun aber schon an sich nicht zweckmäßig, in einem Beweisinterlocute sich darüber auszusprechen, worauf der directe Gegenbeweis möglicher Weise gerichtet werden könne, so würde, wollte man alle Fälle durchgehen, in welchen die allgemeine Beziehung der Beklagten auf das Erforderniß einer Form bei dem Versicherungs-

Digitized by Google

vertrage von Einfluß sein könne, unstreitig der Definitive präjudicirt werden.

Die Beklagte hat Bl. — nachzuweisen gesucht, daß nach Sächsischem Rechte eine Versicherung nur dann zu Stande komme, wenn dem Versicherten eine Police ausgehändigt worden sei. Nach dem vorstehend Bemerkten kann gegenwärtig hierauf nicht eingegangen werden, und nur darauf sei aufmerksam gemacht, daß aus den dort angezogenen gesetzlichen Bestimmungen allem Anscheine nach kaum zu folgern sein dürfte, es sei die Ausstellung einer Police ein wesentliches Erforderniß des Abschlusses eines Versicherungsvertrages.

4.

Nach den vorstehend entwickelten Principien ist auch der Einwand der Beklagten Bl. — zu beurtheilen, es habe sich der Kläger darauf zu beziehen gehabt, daß er die von ihr, der Beklagten, unter Nr. 1. Bl. — der Einlassung beigefügten und die bei Russischen Feuerversicherungen üblichen, in den Bl. — unter S. befindlichen Statuten der Feuer-Assecuranz-Compagnie Salamander enthaltenen Bedingungen erfüllt habe. Wie nämlich die vorige Instanz Bl. — ganz richtig erwähnt, hat die Beklagte vor allen Dingen zu beweisen, daß diese Bedingungen dem Versicherungsvertrage, aus welchem der Kläger klagt, zu Grunde gelegt worden sind. Aber, wenn selbst dieser Beweis geführt werden sollte, würde doch, sollte der Kläger seines Rechtes auf die Versicherungssumme wegen Versäumnisses an der tempestiven Anmeldung des Feuerschadens, der Schadenregulirung und Klaganstellung für verlustig zu achten sein, die Beklagte auch noch weiter darzuthun haben, daß der Kläger die statutenmäßigen Fristen nicht beobachtet habe. Denn es handelt sich bei den Bedingungen, welche von dem Versicherten bei der Geltendmachung seines Schädenanspruches zu erfüllen sind, nicht um die Begründung, sondern den Wegfall einer Obligation des Versicherers, mit andern Worten, um den Eintritt einer resolutiven Bedingung, deren Beweis nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast Demjenigen obliegt, welcher Rechte daraus für sich ableitet. Wenigstens kann darüber kein Zweifel vorhanden sein, daß dem Kläger der Nachweis unbenommen ist, er habe die Bedingungen erfüllt, von welchen sein Anspruch auf die Entschädigungssumme abhängig gewesen sei, indem hierin nicht eine Replik, welche entweder der Klage zu inseriren oder wenigstens in dem ersten Verfahren factisch zu begründen gewesen wäre, zu erblicken ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Kapralow ÷ Dresdener Feuerversicherungsgesellschaft, vom Monat October 1869. — Handelsgericht im Bezirksgerichte Dresden.) =

110.

Die Protestfrist geht mit Ablauf der Stunde des letzten Protesttages zu Ende, bis zu welcher ein Protest aufge-

nommen werden kann, und ein nach dieser Stunde, wenngleich noch am letzten Protesttage, aufgenommener Protest ist daher ungültig. — Die Versäumniß der Protestfrist kann vom Domiciliaten nicht condonirt werden.

„Der Wechsel, aus welchem der Kläger klagt, ist ein von dem Kläger an eigne Ordre auf den Beklagten gezogener, in Dresden bei H. J. (allem Anscheine nach dem Kläger selbst) domicilirter und von dem Beklagten acceptirter Wechsel. Vermöge der Vorschrift des Art. 23. Alinea 2. der allgem. deutschen Wechselordnung würde der Beklagte aus seinem Accepte dem Kläger, als Aussteller und Remittenten, auch ohne einen Protest Mangels Zahlung, haften. Wegen des auf dem Wechsel befindlichen Domicils hängt aber der Anspruch des Klägers an den Beklagten von der rechtzeitigen Protesterhebung bei dem Domiciliaten ab, indem die Bestimmung des Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung Anwendung findet, zufolge deren domicilirte Wechsel, bei Verlust des wechselmäßigen Anspruches gegen den Acceptanten, dem Domiciliaten zur Zahlung zu präsentiren und, wenn die Zahlung nicht geleistet wird, dort zu protestiren sind.

Der Kläger hat nach Bl. — den am 15. März 1869 zahlbaren Wechsel am 17. März 1869 protestiren lassen und es ist in Beziehung auf den Tag, bis zu welchem protestirt werden konnte, dem Schlußsatze des Art. 41. der allgem. deutschen Wechselordnung Genüge geleistet worden.

Wider die Vorschrift des §. 8. des Gesetzes, die Einführung der allgem. deutschen Wechselordung betreffend, vom 25. April 1849,

Wechselproteste können nur von früh neun Uhr bis Abends sechs Uhr aufgenommen werden,

ist aber der Protest, am letzten Tage der Protestfrist, erst Nachmittags nach sechs Uhr erhoben worden und es entsteht daher die Frage, ob ein Protest, welcher am letzten Tage der Protestfrist erst nach Ablauf der für die Protestaufnahme bestimmten Tageszeit erhoben worden ist, als ein gültiger zu betrachten sei.

Die beiden vorigen Instanzen haben dieß bejaht, weil der §. 8. des Gesetzes vom 25. April 1849 die Tageszeit, zu welcher protestirt werden könne, lediglich im Interesse Desjenigen, bei dem protestirt werde, bestimme, und dieser zwar das Recht habe, die Erklärung zu verweigern, wenn ihm der Wechsel zur Unzeit präsentirt werde, aber auch mit voller Wirkung für sich und die übrigen Wechselgaranten von dem Einwande wider die Tempestivität der Protesterhebung absehen könne. Das Königl. Oberappellationsgericht hat jedoch Bedenken getragen, dieser Ansicht in dem vorliegenden Falle beizutreten. Allerdings hat dasselbe in dem in den Annalen Bd. 3. S. 199 f. mitgetheilten Falle ausgesprochen, daß Derjenige, welchem ein Wechsel außerhalb der Proteststunden zur Zahlung präsentirt werde, nicht gezwungen sei, die Erklärung zu verweigern, der Protest vielmehr gültig

erhoben werden könne, wenn er sich dessenungeachtet über den Wechsel erkläre. Aber in dem dort entschiedenen Falle handelte es sich um einen Protest, welcher am Zahlungstage selbst, also vor Ablauf der sog. Protestfrist, erhoben worden war. Wenn man annahm, daß der Protest unter diesen Verhältnissen seinen Zweck erfülle, so lag der Grund darin, daß der Protest innerhalb der Protestfrist erhoben und durch denselben in Gewißheit gesetzt worden war, es wäre die Zahlung, der Präsentation des Wechsels ungeachtet, nicht geleistet worden. Anders verhält es sich aber, wenn der Wechsel erst am letzten Tage der Protestfrist, nach Ablauf der für die Aufnahme des Protestes bestimmten Tageszeit, protestirt wird. In diesem Falle ist der Protest versäumt, weil der letzte Tag der Protestfrist mit der Stunde zu Ende geht, bis zu welcher ein Protest aufgenommen werden kann. Denn, wenn der Art. 41. der allgem. deutschen Wechselordnung bestimmt, daß die Erhebung des Protestes spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen müsse und der §. 8. des Gesetzes vom 25. April 1849 die Aufnahme des Protestes an die Tagesstunden von früh neun Uhr bis Abends sechs Uhr knüpft, so kann dieß nur den Sinn haben, daß am letzten Tage der Protestfrist die Aufnahme des Protestes lediglich bis Abends sechs Uhr statthaft sei und ein Protest, welcher nach dieser Stunde aufgenommen werde, nicht den Beweis liefern könne, daß der Inhaber des Wechsels die erforderliche Diligenz beobachtet habe.

Wird die rechtzeitige Präsentation und Protestation eines domicilirten Wechsels versäumt, so hat dieß nach dem Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung die Wirkung, daß der wechselmäßige Anspruch auch wider den Acceptanten vorloren geht. Dem Domiciliaten, welcher sich nicht einmal für seine Person im Wechselverbande befindet, kann das Recht, das Versäumniß zu condoniren und den Wechsel wieder in das Leben zu rufen, nicht zustehen. Zwar ist er, wenn ihm der präjudicirte Wechsel zur Zahlung vorgelegt wird, nicht verbunden, die Erklärung über denselben mit Berufung auf das eingetretene Präjudiz zu verweigern. Allein den Rechten des Acceptanten kann er etwas nicht vergeben, weil er in seiner Stellung als Domiciliat zu dessen Vertretung nicht berufen ist. Namentlich gilt dieß in dem vorliegenden Falle, weil, wenigstens dem Anscheine nach, Wechselinhaber und Domiciliat in Einer Person verbunden gewesen sind und daher, wollte man dem Domiciliaten das Recht zur Condonation des Versäumnisses geben, dieß im Erfolge dahin führen würde, daß sich der Inhaber des Wechsels das Versäumniß an den erforderlichen Solennitäten selbst erlassen könnte.

Aus diesen Gründen hat man die Wechselklage Bl. — in der angebrachten Maße abgewiesen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Jonas ÷ Frege, vom Monat October 1869. — Gerichtsamt Leipzig I.)

111.

Mangel einer deutlichen und bestimmten Klagbeantwortung.

„Wie bereits die vorige Instanz Bl. — ausführlich nachgewiesen hat, soll nach dem §. 11. des Gesetzes vom 30. December 1861 nur eine punktweise Beantwortung der Klage nicht mehr erfordert werden. Dagegen hat der Beklagte in seiner Einlassung über den gesammten Inhalt der Klage eine bestimmte und deutliche Erklärung abzugeben, wenn er nicht unter den Rechtsnachtheil, der nicht genügend beantworteten Theile der Klage für geständig und überführt erachtet zu werden, verfallen will. Man würde, wenn sich ein Beklagter über eine so umfängliche Klage, wie die Bl. — ersichtliche, blos im Allgemeinen dahin erklärte, daß er jede darin angegebene Thatsache verneine, eine ausreichende Einlassung nicht erblicken können. In dem vorliegenden Falle hat aber der Beklagte nicht einmal eine solche Erklärung abgegeben, sondern Bl. — nur zu Protocoll erklärt,

daß er von der Klage durchaus Nichts einräume, derselben durchgängig widerspreche.

Hierin liegt nicht einmal eine Verneinung des factischen Inhalts des Klaglibells. Denn unter der Klage muß in dem angegebenen Satze vielmehr die actio, und unter dem Widerspruche wider die Klage die Behauptung, es sei die Klage nicht begründet, es fehle ihr ein Klagfundament oder auch es stehe ihr eine peremtorische Einrede entgegen, verstanden werden. Wenigstens lassen die Worte diese Interpretation zu und es herrscht sogar eine Ungewißheit darüber, ob der Beklagte sich über den factischen Inhalt der Klage habe aussprechen wollen.

Der Mangel einer deutlichen und bestimmten Klagbeantwortung würde zwar nicht ausschließen, daß die Klage überhaupt, oder doch bei dem einen oder anderen Klagpunkte angebrachter Maßen abgewiesen werden könnte, wenn eine Prüfung derselben gegründete Bedenken gegen deren Statthaftigkeit ergäbe. Aber geht man von der Annahme aus, daß der Beklagte des gesammten factischen Inhalts der Klage für geständig und überführt zu achten sei, so läßt sich wider die Statthaftigkeit der Klage ein beachtenswerther Zweifel nicht erheben.

Aus diesem Grunde war das vorige Urthel lediglich zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen verehel. Henke und Gen. ÷ Giebig, von Monate Octbr. 1869. — Gerichtsamt Großschönau.) =

I. Heimaths- und Armensachen, sowie die Fürsorge für Blinde betr.

112.

Das Postporto in streitigen Heimathsachen betr.

Auf die vom Gerichtsamte D., in Folge einer vom Besitzer des Rittergutes W. gegen die unfrankirt erfolgte Zusendung von Zufertigungen in einer streitigen Heimathsache eingelegten Protestation, an das Ministerium des Innern unmittelbar gerichtete Anfrage, ob das Porto für Zufertigungen an die Gutsherrschaften in streitigen Heimathsachen nach §. 1. der Verordnung vom 14. Dec. 1869 fiscalisch, oder nach §. 3 a. derselben Verordnung von den betreffenden Gutsherrschaften zu übertragen sei, hat das Ministerium des Innern verordnet, wie folgt:

Es kann zwar dem Besitzer des Rittergutes W. insofern, als derselbe den Anspruch auf frankirte Zustellung der fraglichen Zufertigungen des Gerichtsamts auf die Bestimmungen in der Beilage sub ⊙ zu dem Organisationsgesetze vom 11. August 1855 stützt, nicht beigepflichtet werden. Denn er ist in der fraglichen Heimathsache nicht in einer, nach jenen Bestimmungen, und namentlich nicht nach der Bestimmung unter §. 9. sub 3. der Beilage sub ⊙ zu beurtheilenden Beziehung, sondern als Besitzer des zu dem Heimathbezirke W. gehörigen Rittergutes daselbst, sonach aber als Partei betheiligt.

Auf der andern Seite ist es aber auch nicht zweifelhaft, daß auf behördliche Zufertigungen in streitigen Heimathsachen an die Parteien die Bestimmung in §. 3 a. der Verordnung vom 14. Dec. 1869 nicht bezogen werden kann. Denn, wenn auch die Entscheidung in solchen Streitsachen der unterliegenden Partei gegenüber insofern einen vermögensrechtlichen Einfluß äußert, als sie die eventuelle Erfüllung der in §. 4. des Heimathgesetzes vom 26. Nov. 1834 näher bezeichneten Verbindlichkeiten bedingt, so handelt es sich dabei doch zunächst und im Wesentlichen immer um öffentlich-rechtliche Interessen und Verbindlichkeiten, nicht aber um Privatinteressen im Sinne der Bestimmung in §. 3 a. der Verordnung vom 14. December 1869.

Die Protestation der Gutsherrschaft zu W. ist aber hauptsächlich um deswillen für begründet zu erachten, weil mit Rücksicht auf die Vorschrift in §. 25. des Heimathgesetzes noch jetzt wenigstens in streitigen Heimathsachen, da auf diese der §. 5. des Erläuterungsgesetzes vom 12. Oct. 1840 nicht Anwendung leidet (vergl. Funke, Polizeigesetze 2c. Bd. VI. S. 234), dann ganz unentgeltlich zu expediren ist, wenn nicht der im zweiten Absatze des §. 25. vorgesehene, jetzt nicht weiter in Frage kommende Ausnahmefall eintritt, und diese Unentgeltlichkeit auch auf die, von der proceßleitenden Behörde zu übertragenden Verläge sich bezieht, zu welchen die Postporti unbestritten zu

rechnen sind. Min.-V. an die Ksd. zu Dresden vom 8. April 1870, den übrig. Ksdd. abschr. zugefert.

113.

Die Uebertragung des Begräbnißkostenaufwandes für Arme betr.

Das Ministerium des Innern hat der Anschauung, daß in solchen Fällen, in welchen es sich um ein, zwischen der Heimathsgemeinde eines Armen und der Gemeinde des Aufenthaltsortes desselben auf Grund von §. 21. des Heimathgesetzes vom 26. Nov. 1834 getroffenes Abkommen, bez. um eine Anordnung der vorgesetzten Behörde von der in §. 22. des Heimathgesetzes gedachten Art handelt, als Maß der diesfallsigen Leistung der betreffenden Heimathgemeinde nur dasjenige gelten könne, was speciell und ausdrücklich vereinbart oder angeordnet worden ist, alles dasjenige aber, was nicht Gegenstand einer solchen speciellen Festsetzung gewesen ist, nach Maßgabe der in den §§. 36 f. der allgemeinen Armenordnung vom 22. Oct. 1840 ausgesprochenen Grundsätze der Regel anheimfalle, daß dafür die Gemeinde des jeweiligen Aufenthaltsortes des betreffenden Armen einzutreten und aufzukommen habe, zwar soweit beigepflichtet, als Dasselbe bisher auch Seines Orts davon ausgegangen sei, daß in den Fällen der §§. 21. und 22. des Heimathgesetzes der Umfang der Prästationen der betreffenden Heimathgemeinde zunächst nach dem speciellen Uebereinkommen zwischen der Letzteren und der Aufenthaltsgemeinde, beziehentlich nach der speciellen Anordnung der vorgesetzten Behörde bemessen werden müsse. Dagegen hat Dasselbe rücksichtlich desjenigen Aufwandes für einen Armen, der bei einem, auf Grund von §. 21. des Heimathgesetzes getroffenen Abkommen, bez. bei einer Anordnung der vorgesetzten Behörde von der in §. 22. des Gesetzes gedachten Art nicht speciell und ausdrücklich berücksichtigt und vorgesehen worden ist, der obigen Ansicht aus folgenden Gründen nicht beizutreten vermocht:

In den meisten Fällen besteht dieser Aufwand in Auslagen für die Kur und Verpflegung in Krankheitsfällen und für die Beerdigung der betreffenden Armen, während das in §. 21. des Heimathgesetzes vorgesehene Abkommen zwischen der Heimath- und der Aufenthaltsgemeinde, dem Zwecke der gesetzlichen Disposition entsprechend, in der Regel zunächst nur darauf gerichtet sein wird, dem Armen die Bestreitung der gewöhnlichen Lebensbedürfnisse (als Wohnung, Kleidung und Nahrung) am Aufenthalsorte zu ermöglichen. Nun ist es zwar nicht ausgeschlossen, daß dabei ausdrücklich auch anderer Aufwand von der vorgedachten außergewöhnlichen Art mit vorgesehen werde, es muß dies jedoch nicht nothwendig der Fall sein. Soviel aber die in §. 22. gedachten Anordnungen der vorgesetzten Behörde betrifft, so müssen diese auf den Aufwand für die gewöhnlichen Lebensbedürfnisse sich beschränken, weil jede weitergehende Anordnung über den vom Gesetze

selbst vorgezeichneten Zweck, welcher in der Verhütung der durch die Ausweisung eines Armen für diesen und resp. seine Familie entstehenden Härte besteht, hinausgehen würde. Das Ministerium ist nun, wie aus der seiner Zeit den Kreisdirectionen abschriftlich mitgetheilten Verordnung an die Kreisdirection zu Leipzig vom 2. Mai 1850 (vergl. Funke's Polizeigesetze ꝛc. Bd. 8. S. 224) zu entnehmen ist, bisher davon ausgegangen, daß in den Fällen der §§. 21. und 22. des Heimathgesetzes die Uebertragung des außergewöhnlichen, d. h. außerhalb der Berechnung des gewöhnlichen Bedarfs liegenden und resp. nicht speciell und ausdrücklich vorgesehenen Aufwandes nicht Sache der Aufenthaltsgemeinde, die außerhalb jener Fälle, nach den einschlagenden Bestimmungen der Armenordnung zweifellos dazu verpflichtet sein würde, sondern Obliegenheit der Heimathgemeinde sei. Bei diesem bisher befolgten Grundsatze hat das Ministerium auch bei anderweiter Erwägung stehen zu bleiben. Derselbe beruht auf der Betrachtung, daß, wo die an sich gerechtfertigte Zurückweisung eines Armen in seine Heimath, auf Grund eines Abkommens zwischen der Heimath- und der Aufenthaltsgemeinde oder in Folge einer Anordnung der vorgesetzten Behörde, unterbleibt, dies nur aus Rücksichten auf den betreffenden Armen selbst geschieht, und daher auch die Aufenthaltsgemeinde gegenüber der Heimathsgemeinde, die im Falle der wirklichen Ausweisung allen Aufwand für den betreffenden Armen zu übertragen haben würde, zu etwas Mehrerem nicht verbindlich werden kann, als wozu sie entweder, der eigentlich allein verpflichteten Heimathgemeinde gegenüber, sich selbst verbindlich gemacht hat (§. 21. des Heimathgesetzes), oder wozu sie von der vorgesetzten Behörde angehalten worden ist (§. 22. des Gesetzes). Es ist sonach in den fraglichen Fällen von der Fiction auszugehen, daß die Zurückweisung des Armen in seinen Heimathsort wirklich stattgefunden habe. Hiernach aber bedarf es, um den Obigem nach zeither von dem Ministerium angewendeten Grundsatz in Betreff des die gewöhnlichen Lebensbedürfnisse überschreitenden Aufwandes zu befolgen, keiner ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, wie solche vermißt worden ist. Der beregte Grundsatz ist eben nur eine Consequenz der obwaltenden thatsächlichen Verhältnisse. Auch steht demselben der Hinweis auf die ständischen Verhandlungen aus dem Jahre 1840 über §. 49. des damaligen Entwurfs der Armenordnung nicht entgegen, weil es sich bei diesen Verhandlungen gar nicht um die in den obigen §§. 21. und 22. der Allgemeinen Armenordnung bezeichneten Fälle gehandelt hat.

Mit dem nurgedachten Grundsatze stehen aber auch die angezogenen früheren Administrativjustizentscheidungen des Ministeriums nicht im Widerspruche. Denn wenn auch in dem erstgedachten Falle, der übrigens nicht nach den §§. 21. und 22. des Heimathgesetzes zu beurtheilen war, in der bezüglichen Entscheidung des Ministeriums darauf, als auf die gesetzliche Regel, hingewiesen worden ist, daß sich die Verbindlichkeit der Heimathgemeinden zur Fürsorge für ihre Hei-

mathangehörigen im Allgemeinen nur auf die Verbindlichkeit zur Aufnahme und Versorgung der Letzteren am Heimathsorte selbst erstrecke, so ist doch dieser Hindeutung unmittelbar auch die, auch Fälle der vorliegenden Art ganz eigentlich treffende Bemerkung angeschlossen worden, daß dagegen von einer Verbindlichkeit der Heimathgemeinden zum Ersatze eines etwaigen Aufwandes für ihre Heimathangehörigen nur ausnahmsweise und unter gewissen, näher bezeichneten Voraussetzungen die Rede sein könne. In dem angezogenen zweiten Falle aber, in welchem es sich, wie in dem gegenwärtig fraglichen Falle um die Auslegung eines, auf Grund von §. 21. des Heimathgesetzes getroffenen Abkommens handelte, beruhte die Entscheidung des Ministeriums auf der Annahme, daß nach den bezüglichen Verhandlungen zwischen den betreffenden beiden Gemeinden die Aufenthaltsgemeinde gegenüber der Heimathsgemeinde auf die Seiten der Letzteren verweigerte Restitution des eventuellen extraordinären Aufwandes für den damals in Frage befangenen Armen stillschweigend verzichtet habe. Es haben daher für weitere Fälle der vorliegenden Art die in den Verordnungen vom 2. Mai 1850 und vom 17. März 1869 (welche unter ⊙ nachsteht), sowie im Vorstehenden ausgesprochenen Grundsätze zur Richtschnur zu dienen. Min.-V. an die Ksd. zu Zwickau vom 17. Dec. 1869, den übrig. Ksdd. nebst der nachstehenden Verordnung abschriftl. zugefert.

⊙

Wenn auch die von der Gemeinde R. als der Heimathsgemeinde der verw. M. gegenüber der Aufenthaltsgemeinde E. auf Grund §. 21. des Heimathsgesetzes vom 26. Nov. 1834 übernommene Verpflichtung zur Unterstützung der Wittwe M. an sich nur auf Gewährung eines wöchentlichen Verpflegbeitrages gerichtet gewesen ist, so ist doch dem Sinne der einschlagenden gesetzlichen Vorschrift und den bei Anwendung derselben zeither constant befolgten Grundsätzen entsprechend, davon auszugehen, daß, wenn nicht zwischen den betreffenden beiden Gemeinden etwas Anderes ausdrücklich vereinbart worden ist, diejenige Unterstützung eines Armen, zu deren Leistung nach einer bestimmten Höhe die nach §. 4. des Heimathsgesetzes verpflichtete Heimathsgemeinde auf Grund des angezogenen §. 21. gegenüber dem Armenbezirke des Wohnsitzes des betreffenden unterstützungsbedürftigen Armen, sich verbindlich macht, lediglich auf die laufenden gewöhnlichen Bedürfnisse des Letzteren an Wohnung, Nahrung, Kleidung ꝛc., nicht aber auch auf außerordentliche Ausgaben, die, wie z. B. die Begräbnißkosten, außerhalb der Berechnung des gewöhnlichen Bedarfs zur nothwendigen Subsistenz des Lebens liegen, zu beziehen sei. Wenn nun aber im vorliegenden Falle, den Acten zufolge, die zwischen den Gemeinden E. und R. über den Beitrag der Letzteren zu Unterstützung der verw. M. getroffene Vereinbarung auf außerordentliche Bedürfnisse der vorgedachten Art nicht besonders gerichtet gewesen ist, so folgt hieraus, daß die gesetzliche Verpflichtung

der Heimathsgemeinde R., im Falle des Ablebens der verw. M. für deren Begräbniß auf Kosten ihrer Armencasse zu sorgen, durch beregte Vereinbarung, welche lediglich im Interesse der unterstützungsbedürftigen M. zu dem Zwecke getroffen wurde, die an sich gerechtfertigte Zurückweisung derselben in die Heimath wegen der für die damit verbundenen großen Härten zu vermeiden, nicht hat alterirt werden können und nicht alterirt worden ist. Das Ministerium des Innern befindet daher, daß die Heimathgemeinde R. sich nicht entbrechen könne, der Armencasse zu E. den durch die Beerdigung der verw. M. erwachsenen Aufwand an 7 Thlrn. 8 Ngr. zu restituiren und hierzu im reinen Verwaltungswege anzuhalten sei. Min.-V. an die Ksd. zu Zwickau vom 17. März 1869.

114.

Die Anwendung der Eisenacher Convention in Oesterreich auf Geisteskranke betr.

In Folge einer Note des k. k. österreichischen Gesandten an das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten, welche von diesem dem Ministerium des Innern unter dem 17. Mai 1870 abschriftlich mitgetheilt worden ist, hat Ersteres Demselben mitgetheilt, daß, nachdem auch die entsprechenden Reciprocitätserklärungen der Regierungen Preußens, Bayerns, Würtembergs, Badens und Hessens eingeholt worden seien, und diesfalls auch noch die Verständigung mit den der Eisenacher Convention vom Jahre 1853 beigetretenen übrigen Regierungen des Norddeutschen Bundes angebahnt sei, sowohl das k. k., als das königl. ungarische Ministerium des Innern die entsprechenden Verfügungen getroffen haben, damit in Zukunft die Bestimmungen der Eisenacher Convention vom 11. Juli 1853 auch auf die Verpflegung von Geisteskranken Anwendung finden sollen. Mittelst Beschlusses des Ministeriums des Innern vom 31. Mai 1870 sämmtl. Ksdd. abschriftl. zugefert.

115.

Den Fonds für entlassene Blinde bei der Königl. Blindenanstalt in Dresden betr.

Die Kreisdirection zu Zwickau hat, nachdem sie aus dem veröffentlichten Jahresberichte über die Königl. Blindenanstalt zu Dresden und einer besonderen Mittheilung der Direction dieser Anstalt mit großer Befriedigung ersehen, wie auch im verflossenen Jahre wieder ansehnliche Beiträge zu dem bei der genannten Anstalt bestehenden Fonds für entlassene Blinde von Stadt- und Landgemeinden ihres Regierungsbezirks gespendet und hierdurch die wohlthätigen Zwecke des gedachten Fonds von Neuem gefördert worden, für die hiermit zugleich ihrer darauf bezüglichen Aufforderung zu Theil gewordene

Berücksichtigung den betheiligten Gemeinden und Obrigkeiten ihren Dank ausgesprochen, und benutzt zugleich diese Gelegenheit, denselben auch fernerhin die Abentrichtung von Beisteuern zu gedachtem Fonds um so dringender zu empfehlen, je mehr der oben erwähnte Jahresbericht ersehen lasse, welche große Wohlthaten daraus den entlassenen Blinden und mittelbar zugleich den betheiligten Heimathsgemeinden zeither zugeflossen seien. Bek. vom 29. Jan. 1870 (V.-Bl. Nr. 3.). Später hat dieselbe annoch folgende Bekanntmachung erlassen:

Der Director der Königl. Blindenanstalt zu Dresden wird in nächster Zeit an die Gerichtsämter des Regierungsbezirks Zwickau, wie an die Gerichtsämter der übrigen Landestheile, die Bitte richten, zu vermitteln, daß die Bewohner ihrer Amtsortschaften dem Unterstützungsfonds für entlassene Blinde ihre thätige Theilnahme widmen, insbesondere auch die Gemeinderäthe eine jährliche laufende Beitragszahlung für den genannten Fonds aus Gemeindemitteln bewilligen. Je bereitwilliger schon zeither die Gerichtsämter und Gemeinden des hiesigen Regierungsbezirks der von der unterzeichneten Königl. Kreisdirection deshalb an sie ergangenen Aufforderung entsprochen und dankenswerthe Beiträge für den genannten gemeinnützigen Fonds vermittelt und beigesteuert haben, um so zuversichtlicher empfiehlt die Königl. Kreisdirection obgedachte Bitte des Directors der Königl. Blindenanstalt hiermit den Gerichtsämtern und durch diese den Gemeinderäthen ihres Bezirks zu wohlwollender Berücksichtigung. Bek. vom 24. Mai 1870 (V.-Bl. Nr. 9.).

116.

Das obererzgebirgische Waisenhaus zu Pöhla betr.

Die Kreisdirection zu Zwickau hat es mit Rücksicht auf den wohlthätigen Zweck des obererzgebirgischen Waisenhauses zu Pöhla für wünschenswerth erachtet, daß nach Wegfall der Portofreiheit die sowohl von Gemeinden als auch von Behörden an die Localinspection der genannten Anstalt oder an die Waisenhausverwaltung gerichteten Postsendungen frankirt werden, während die von Letzterer unfrankirt abgehenden Sendungen mit der Bezeichnung „portopflichtige Dienstsache" versehen werden sollen, und hat Solches den Verwaltungsbehörden ihres Regierungsbezirkes zur eigenen Nachachtung, beziehentlich zur demgemäßen Bescheidung der betreffenden Heimathsgemeinden eröffnet. Gen.-V. vom 25. Jan. 1870 (V.-Bl. Nr. 3.).

II. Das Schubtransport- und das Correctionswesen betr.

117.

Den Schubtransport auf der Dresden-Prager Eisenbahn betr.

Nachdem wiederholt zur Kenntniß des Ministeriums des Innern gekommen ist, daß der Staatsvertrag mit Oesterreich vom 16. August

1863, diesen Schubtransport betr. (Gesetz= u. Verordnungsbl. v. J. 1854. S. 13), insbesondere die Bestimmung unter 3, a. von den, den Transport leitenden Behörden nicht gehörig beachtet werden, ist auf Anordnung des Ministeriums die genaue Beobachtung der betreffenden Vorschriften dieses Staatsvertrags den Behörden in Erinnerung gebracht, und sind dieselben dabei insbesondere darauf aufmerksam gemacht worden, daß, wie aus §. 2. folgt, Schubtransporte aus Sachsen nicht direct an das k. k. österreichische, sondern an das königl. sächsische Commissariat in Bodenbach zu richten sind. M.=V. an sämmtl. Ksdd. v. 22. März 1870, und dieser gemäß V. der Ksd. zu Zwickau vom 31. ej. (V.=Bl. Nr. 7.), Gen.=V. der Ksd. zu Dresden vom 29. ej. (V.=Bl. Nr. 8.), V. d. Ksd. zu Leipzig vom 29. ej. (V.=Bl. Nr. 14.), V. d. Ksd. zu Bautzen vom 1. April 1870 (Ksbl. Nr. 79.).

118.

Die Anträge wegen Aufnahme verwahrloster Kinder in die Erziehungs= und Besserungsanstalten betr.

Um die nach §. 3. der Verordnung vom 26. Juli 1850 (Gesetz= und Verordnungsblatt S. 194) den Ortsobrigkeiten obliegenden Berichtserstattungen wegen Aufnahme eines verwahrlosten Kindes in eine Landes= Erziehungs= und Besserungsanstalt, mögen nun diese Aufnahmen von den zur Erziehung verpflichteten Personen oder Gemeinden, oder von der competenten Obrigkeit aus landespolizeilichen Rücksichten beantragt werden, thunlichst zu vereinfachen, und andererseits für die auf dergleichen Anträge zu fassenden Entschließungen die unentbehrlichen Nachweise jederzeit dergestalt zu sichern, daß interlocutorische Verfügungen, welche die meist wünschenswerthe Beschleunigung der Entschließung aufhalten, soviel als möglich vermieden werden, ist es von dem Ministerium des Innern für zweckmäßig gefunden worden, den Obrigkeiten für dergleichen Berichte Schemata in die Hände zu geben, welche, in der erforderlichen Weise ausgefüllt, nebst den betreffenden Acten an die Kreisdirectionen einzusenden sind.

Die Obrigkeiten sind daher angewiesen worden, in Zukunft für ihre bezüglichen Berichte der dazu bestimmten Schemata, von welchen ihnen eine entsprechende Anzahl zugegangen ist, der Anordnung des Ministeriums gemäß sich zu bedienen, mit dem Bemerken, daß sie wegen des bei ihnen später eintretenden weiteren Bedarfs an die Canzlei der Kreisdirection sich zu wenden haben. Min.=V. an sämmtl. Ksdd. vom 8. Febr. 1870, und dieser gemäß Gen.=V. der Ksd. zu Zwickau vom 4. März 1870 (V.=Bl. Nr. 6.).

119.

Die Beschaffung der Ausstattungsgegenstände für wieder einzuliefernde beurlaubte Correctionärs betr.

Da nach Anzeige der Anstaltsdirection zu Hubertusburg wieder=

holt Fälle vorgekommen sind, wo bei Wiedereinlieferung von beurlaubt gewesenen Correctionärinnen die von der betreffenden Polizeibehörde für Ausstattungsgegenstände nach Punkt 9. der unter dem 1. August 1862 über die Beurlaubung der Correctionärs an die Kreisdirectionen ergangenen Verordnung der Anstaltsdirection zu berechnenden Kosten außer allem Verhältnisse zu dem eigentlichen Werthe der betreffenden Effecten gestanden haben, im einzelnen Falle zu Rechtfertigung der auffälligen Höhe der berechneten Kosten aber darauf Bezug genommen worden ist, daß dieselben an dem betreffenden Orte nicht billiger zu beschaffen gewesen seien, so sind die Kreisdirectionen veranlaßt worden, die Polizeibehörden dahin mit Anweisung zu versehen, daß dieselben in Fällen, in welchen es ihnen an Gelegenheit zu angemessener und preiswürdiger Beschaffnung von Ausstattungsgegenständen für wieder einzuliefernde beurlaubte Correctionärs gebricht, an die Anstaltsdirectionen, welche deshalb behufig angewiesen worden sind, zu Verabfolgung des erforderlichen Bedarfs sich zu wenden haben. M.-V. an sämmtl. Ksdd. v. 22. Dec. 1869, und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Dresden v. 15. Jan. 1870 (V.-Bl. Nr. 3.), Gen.-V. der Ksd. zu Zwickau v. 17. ej. (V.-Bl. Nr. 2.), V. der Ksd. zu Leipzig v. 15. ej. (V.-Bl. Nr. 3).

III. Die Feuerpolizei, das Jagd- und das Versicherungswesen, sowie die verbotenen Spiele und Ausspielungen betr.

120.

Die Vereinigung der Functionen des Feuerpolizei-Commissars und des Feuerlöschdirectors in einer Person betr.

Nachdem von dem Landesausschusse für die Sächs. Feuerwehren durch dessen Vorsitzenden die Anordnung in Antrag gebracht worden war,

„daß, wo immer möglich, der Posten des Feuerpolizei-Commissars und des Feuerlöschdirectors in einer Person vereinigt werde",

hat das Ministerium des Innern, unter Bezugnahme darauf, daß eine dem entsprechende Einrichtung, deren Zweckmäßigkeit sich nicht verkennen lasse und die auch in den großen Städten des Landes thatsächlich bereits bestehe, von dem Ministerium des Innern Selbst schon in Aussicht genommen worden sei, und sich für alle die Orte, an welchen sich vollständig organisirte Feuerwehren mit einem an deren Spitze stehenden und von der Ortsobrigkeit bestätigten Ortsfeuerlöschdirector befinden, empfehle, zu genehmigen beschlossen, daß in Fällen der ebengedachten Art, auf Antrag der Ortsbehörde, dem Ortsfeuerlöschdirector, insofern dessen Persönlichkeit nicht zu Bedenken Anlaß giebt, gleichzeitig die Function als Feuerpolizei-Commissar,

jedoch nur für den betreffenden Ort, mit übertragen und derselbe in dieser Eigenschaft verpflichtet, der Ort selbst aber zu einem eigenen, von dem übrigen Districte eximirten Feuerpolizei-Commissariatsdistricte constituirt werde. Indem Dasselbe den Kreisdirectionen die Ermächtigung ertheilt hat, hiernach in den geeigneten Fällen zu verfahren, hat es den Kreisdirectionen überlassen, die Amtshauptmannschaften ihres Bezirks demgemäß mit Anweisung zu versehen, und dafür besorgt zu sein, daß jede in dieser Art getroffene Einrichtung sowohl der Brandversicherungscommission, als auch dem betreffenden Feuerpolizei-Commissar und dem Bezirksbrandversicherungsinspector alsbald bekannt werde. Min.-V. an sämmtl. Ksdd. v. 3. Jan. 1870.

121.

§. 30. des Jagdgesetzes vom 1. Dec. 1864 betr.

Nach §. 4. der Verordnung vom 16. Sept. 1869, die Ausführung der Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund betreffend, hat sich jeder Gewerbtreibende rücksichtlich seines — gleichviel ob stehenden, oder auf Märkten oder im Umherziehen betriebenen — Gewerbes denjenigen Beschränkungen zu unterwerfen, die sich aus den in Gesetzen oder Verordnungen der Behörden enthaltenen allgemeinen, oder auch aus örtlich geltenden sicherheits-, bau- und wohlfahrtspolizeilichen Vorschriften ergeben. Zu den nurgedachten Vorschriften gehören aber die, nicht auf gewerblichen, sondern auf jagdpolizeilichen Rücksichten beruhenden Bestimmungen in §. 30. des Gesetzes vom 1. Dec. 1864, die Ausübung der Jagd betreffend, über das Feilbieten und den Verkauf von inländischem Wildpret, ingleichen über das Feilbieten des aus dem Auslande bezogenen Wildprets innerhalb der gesetzlichen Schon- und Hegezeit. Wenn dem nicht so wäre, sondern die beregten Bestimmungen als durch die Bundesgewerbeordnung für erledigt zu erachten wären, so würde dies in der Verordnung vom 16. Sept. 1869 ausgesprochen worden sein. Das Ministerium des Innern hat daher befunden, daß die Bestimmungen in §. 30. des Jagdpolizeigesetzes vom 1. Dec. 1864 von der Bundesgewerbeordnung nicht berührt worden seien, sondern neben der letzteren fortgesetzt in Kraft bestehen. Min.-V. an die Ksd. zu Leipzig v. 23. Febr. 1870, den übrig. Ksdd. abschr. zugefert., und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Dresden v. 4. März 1870 (V.-Bl. Nr. 6.).

122.

Versicherungs-Gesellschaften betr.

Die Frankfurter Glas-Versicherungs-Gesellschaft hat ihr Versicherungsgeschäft auf die Transportversicherung erstreckt, und daher die Firma: „Frankfurter Transport- und Glas-Versicherungs-Gesellschaft" angenommen. Unter Bezugnahme auf die Bekanntmachung

vom 28. Juli 1865 zur öffentlichen Kenntniß gebracht durch Bekanntmachung vom 28. März 1870 (Leipz. Zeit. Nr. 79.).

Die gegenseitige Lebensversicherungsgesellschaft Atlantic zu Albano im Staate New-York hat den Vorschriften in §§. 2. bis 4. der Verordnung vom 16. Sept. 1856 Genüge geleistet und Dresden zum Sitz gewählt. Bek. vom 1. April 1870 (Leipz. Zeit. Nr. 87.).

Desgleichen die Hannover-Braunschweigische Hagelschäden-Versicherungsgesellschaft zu Hannover, welche Leipzig zum Sitz gewählt hat. Bek. vom 26. April 1870 (Leipz. Zeit. Nr. 103.).

Desgleichen die Norddeutsche See- und Fluß-Versicherungs-Actien-Gesellschaft zu Stettin, welche Leipzig zum Sitz gewählt hat. Bek. vom 30. April 1870 (Leipz. Zeit. Nr. 108.).

Die Düsseldorfer Allgemeine Versicherungsgesellschaft für Fluß- und Landtransport hat den Sitz von Dresden nach Leipzig verlegt. Bek. vom 5. Mai 1870 (Leipz. Zeit. Nr. 113.).

Die Transport-Versicherungs-Actien-Gesellschaft Rheinisch-Westphälischer Lloyd zu M.-Gladbach hat ihren Sitz von Dresden nach Leipzig verlegt. Bek. vom 3. Juni 1870 (Leipz. Zeit. Nr. 138.).

123.

Das Hazardspiel betr.

In Folge der in neuerer Zeit in verschiedenen Provinzialblättern wiederholten Klage über das Ueberhandnehmen des Hazardspiels hat das Ministerium des Innern verordnet, die Polizeibehörden anzuweisen, ihre Executivorgane zur sorgfältigen Vigilanz auf öffentliche Wirthschaften, namentlich auf solche, von denen bereits bekannt ist, daß in ihnen gespielt wird, und zum sofortigen unnachsichtlichen Einschreiten gegen die beim Hazardspiel Betroffenen anzuhalten. M.-V. an sämmtl. Ksdd. v. 28. März 1870, und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Zwickau v. 11. April 1870 (Ksbl. Nr. 7.), Gen.-V. d. Ksd. zu Dresden v. 9. ej. (V.-Bl. Nr. 9.), V. d. Ksd. zu Leipzig v. 11. ej. (V.-Bl. Nr. 16.).

124.

Die Verloosung ausgestellter Gegenstände betr.

Die Kreisdirection zu Zwickau hat, unter Bezugnahme darauf, daß in neuerer Zeit innerhalb ihres Regierungsbezirks wiederholt, namentlich im Anschluß an Geflügel-Ausstellungen, Verloosungen der ausgestellten Gegenstände unter Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften der Verordnung vom 15. Juli 1826 (Gesetzsammlung S. 201 f.) veranstaltet worden, ohne daß Seiten der competenten Polizeibehörden dagegen eingeschritten worden sei, wornach es den Anschein gewinne, daß jene Vorschriften in Vergessenheit gerathen, solche den Polizeibehörden ihres Bezirks mit dem Bemerken eingeschärft, daß,

insoweit darnach nicht das Ausspielen beweglicher Gegenstände von den Ortspolizeibehörden gestattet werden kann, dazu die Einholung der Erlaubniß des Ministeriums des Innern erforderlich ist. Gen.-V. vom 7. Febr. 1870 (V.-Bl. Nr. 3.).

IV. Die Preßpolizei betr.

125.

Das Colportiren von Preßerzeugnissen betr.

Schon aus Rücksicht auf Herbeiführung einer möglichst gleichmäßigen Behandlung der Angehörigen des Königreichs Sachsen und der Angehörigen anderer Staaten des Norddeutschen Bundes unterliegt die Ausstellung von Legitimationsscheinen zum gewerbmäßigen Betriebe des Colportirens von Preßerzeugnissen am Wohnorte nach §. 43. der Bundesgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, sowie zum Betriebe dieses Gewerbes im Umherziehen außerhalb des Wohnortes nach §. 55. der Bundesgewerbeordnung keinen anderen Beschränkungen mehr, als den in §. 57. der Bundesgewerbeordnung aufgeführten, daß mithin die wegen des Colportirens von Preßerzeugnissen unterm 23. Sept. 1851 ergangene Ministerialverordnung, soweit dieselbe weitergehende Beschränkungen des Colportirgewerbes enthält, insbesondere auch die Vorschrift, nach welcher die Erlaubniß zum Colportiren auf die in dem Colportirscheine speciell aufgeführten Preßerzeugnisse sich beschränken soll, durch die Bundesgewerbeordnung sich erledigt. Min.-V. an die Ksd. zu Bautzen vom 7. Febr. 1870, den übrig. Ksdd. abschriftl. zugefert., und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Zwickau v. 11. Mai 1870 (V.-Bl. Nr. 9.), Bek. der Ksd. zu Leipzig v. 9. Febr. 1870 (Ksbl. Nr. 7.).

In gleichem Sinne hatte bereits früher die Kreisdirection zu Dresden auf Grund einer an dieselbe unterm 28. Jan. 1870 ergangenen Verordnung des Ministeriums des Innern verordnet. Gen.-V. vom 4. Febr. 1870 (V.-Bl. Nr. 4.).

Späterhin hat die Kreisdirection zu Dresden Veranlassung genommen, in dieser Beziehung Folgendes zur Kenntniß der Orts- und beziehentlich Gewerbspolizeibehörden zu bringen.

1) Mit dem Inkrafttreten des Preßgesetzes vom 24. März 1870 haben sich die über das Colportiren von Preßerzeugnissen in dem Preßgesetze vom 14. März 1851 enthaltenen Vorschriften und die zu deren Ausführung ergangenen besonderen Verordnungen erledigt. Das Colportiren mit Preßerzeugnissen ist daher fortan ebenso, wie jeder andere Gewerbebetrieb, der im Umherziehen bewirkt werden soll, anzusehen.

2) Den Bundesausländern steht zwar nach §. 57. der Bundesgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 und nach der Ministerial-

verordnung vom 29. December desselben Jahres ein Recht auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen innerhalb des Gebietes des Norddeutschen Bundes an und für sich nicht zu, dieser Gewerbebetrieb kann ihnen aber, soviel insbesondere das Colportiren von Preßerzeugnissen betrifft, nach dem Ermessen der zuständigen Verwaltungsbehörde gestattet werden. Bundesausländern, welche mit Preßerzeugnissen zu colportiren beabsichtigen, sind jedoch im Bewilligungsfalle nicht Legitimationsscheine im Sinne der Bundesgewerbeordnung, sondern Erlaubnißscheine auszustellen.

3) Gesuche um Erlaubniß zum Betriebe des Colportirgewerbes im Umherziehen sind behufs Ertheilung des dazu erforderlichen Legitimationsscheines vorschriftsmäßig präparirt an die Königl. Kreisdirection einzuberichten.

4) Dabei bedarf es aber der speciellen Angabe der Preßerzeugnisse, für welche die Colportirerlaubniß ertheilt wird, nicht weiter; die mittelst Verordnung des Königl. Ministeriums des Innern vom 23. Sept. 1851 angeordneten Anzeigen der Preßpolizeibehörden über die erfolgte Ausstellung von sogen. Colportirerlaubnißscheinen erledigen sich für die Zukunft.

5) Wegen der Erlaubnißertheilung zum Colportiren am Wohnorte des Colporteurs ist lediglich den Vorschriften in §§. 43. und 57. der Bundesgewerbeordnung nachzugehen.

Gen.-V. vom 2. Juni 1870 (Ksbl. Nr. 11.).

126.

Die Ausstellung von Legitimationsscheinen zum Colportiren von Preßerzeugnissen betr.

Der gewerbmäßige Vertrieb von Preßerzeugnissen gehört zu denjenigen Gewerben, auf welche die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 Anwendung zu leiden hat, und sind daher die Bestimmungen in §. 24. des Preßgesetzes vom 14. März 1851, sowie die hierauf bezüglichen Anordnungen des Ministeriums des Innern, auf diesen Gewerbebetrieb nur noch insoweit zur Anwendung zu bringen, als dieselben mit der Bundesgewerbeordnung und den zu derselben ergangenen Ausführungsverordnungen vom 16. Sept. und 18. Dec. 1869 nicht in Widerspruch stehen. Es ist demnach bezüglich Derjenigen, welche das Colportiren von Preßerzeugnissen innerhalb ihres Wohnortes betreiben, den Bestimmungen in §. 43. der Bundesgewerbeordnung nachzugehen. Sie bedürfen der Erlaubniß der Ortspolizeibehörde und haben den über diese Erlaubniß auszustellenden Legitimationsschein bei sich zu führen. Auf Diejenigen aber, welche das Colportiren von Preßerzeugnissen im Umherziehen betreiben wollen, leiden die Vorschriften in §§. 55 f. Anwendung. Nach Maßgabe von §. 58. jct. §. 57. sind sie mit einem Legitimationsscheine nach dem Formulare A. der Verordnung vom

18. Dec. 1869 zu versehen. Alle mit diesen Vorschriften nicht in Einklang stehenden seitherigen Bestimmungen über das Colportiren von Preßerzeugnissen sind als aufgehoben zu betrachten. Min.-V. an die Ksd. zu Dresden v. 28. Jan. 1870, den übrig. Ksdd. abschriftl. zugefert., und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Dresden v. 4. Febr. 1870 (V.-Bl. Nr. 4.).

127.

Den Portoaufwand für die durch die Post einzusendenden Pflichtexemplare betr.

Mit dem Aufhören der den Officialsendungen bis zum Schlusse des Jahres 1869 gewährten Portobefreiung ist auch die portofreie Beförderung der Pflichtexemplare von Zeitschriften hinweggefallen, welche die Herausgeber der Zeitschriften nach §. 20. des Preßgesetzes vom 14. März 1851 an die daselbst genannten Behörden durch die Post einzusenden haben, dafern die zum Empfange des Pflichtexemplars berechtigte Behörde nicht ihren Sitz am Orte des Erscheinens der Zeitschrift hat. Da nun den Herausgebern der Zeitschriften nicht angesonnen werden kann, die durch die Post abzusendenden Pflichtexemplare auf eigne Kosten zu frankiren, und da unfrankirt aufgegebene Drucksachen mit dem gewöhnlichen Briefporto und dem für unfrankirte Briefe vorgeschriebenen Portozuschlag von je 1 Ngr. für jede Sendung beschwert werden, machen sich zu thunlichster Verminderung des für die Pflichtexemplare der Zeitschriften entstehenden erheblichen Portoaufwandes besondere Vorschriften über die Absendung dieser Pflichtexemplare nöthig. Die Füglichkeit zu solcher Verminderung des Portoaufwandes bietet sich in der Einrichtung dar, nach welcher die Postanstalten auch die zur Beförderung ihnen übergebenen Gratisexemplare von Zeitschriften gegen dieselbe Provision, wie solche für abonnirte Exemplare dieser Zeitschriften erhoben wird, zur Versendung übernehmen, wenn die betreffenden Exemplare von dem Herausgeber der Postanstalt seines Wohnortes unter gleichzeitiger Erlegung der für die Beförderung abonnirter Exemplare an die Post zu entrichtenden Provision überwiesen werden. Die Höhe der für die Postbeförderung der Zeitschriften innerhalb des Gebietes des Norddeutschen Bundes an die Postanstalt zu gewährenden Provision ist in dem alljährlich von den Postanstalten ausgegebenen Zeitungspreiscourant für jede einzelne Zeitschrift angegeben.

Das Ministerium des Innern hat daher beschlossen, den Herausgebern solcher Zeitschriften, deren Pflichtexemplare an das Ministerium, die Kreisdirection oder die Preßpolizeibehörde erster Instanz um deswillen, weil diese Behörden oder einzelne derselben ihren Sitz nicht am Orte des Erscheinens der Zeitschrift haben, durch die Post eingesendet werden, den Betrag der Provision für jedes Exemplar auf ein Vierteljahr in Cassenbillets oder, soweit nicht volle Thalersummen

vorkommen, in Frankomarken zuzusenden und zugleich an die Herausgeber die Anweisung erlassen, die Pflichtexemplare ihrer Zeitschriften unter Erlegung der für die Postbeförderung zu zahlenden Provision der am Orte des Erscheinens der Zeitschrift befindlichen oder zunächst gelegenen Postexpedition zur Beförderung zu überweisen. Gleichzeitig sind die Herausgeber der Amtsblätter angewiesen worden, die an die Amtshauptleute und Friedensrichter ihres Bezirks durch die Post zu versendenden Gratisexemplare unter Erlegung der gleichen Provision für jedes dieser Exemplare gleichfalls der Postanstalt am Orte des Erscheinens zu überweisen, und den Betrag der hiernach von ihnen bestrittenen Auslage für diese Provisionen der Canzlei des Ministeriums des Innern behufs sofortiger Wiedererstattung dieses Verlags anzuzeigen. Gemäß Min.-V. an sämmtl. Ksdd. v. 11. Jan. 1870, und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Zwickau v. 19. ej. (V.-Bl. Nr. 2.), Bek. der Ksd. zu Dresden v. 18. ej. (V.-Bl. Nr. 2.), Bek. der Ksd. zu Leipzig v. 18. ej. (V.-Bl. Nr. 4.).

V. Wege- und Wasserbausachen betr.

128.

Die Wegebauunterstützungen betr.

Von der letzten Ständeversammlung ist der Wunsch ausgesprochen worden, daß bei Befragung der Bezirksfriedensrichter über die Vertheilung von Wegebauunterstützungen dann, wenn unter den petirenden Gemeinden Stadtgemeinden sich befinden, die in §. 17. Abs. 3. des Gesetzes, die Einsetzung von Friedensrichtern betr., vom 11. Aug. 1855 bezeichneten Vertreter von im Bezirke gelegenen Städten jedenfalls mit zugezogen werden möchten. Diesem Antrage entsprechend hat das Ministerium des Innern die Kreisdirectionen veranlaßt, die Amtshauptmannschaften dahin mit Anweisung zu versehen, daß sie zu den behufs der Berathung über die Vertheilung der jährlichen Wegebauunterstützungen abzuhaltenden Versammlungen der Bezirksfriedensrichter, beim Vorhandensein der obigen Voraussetzung, jedesmal auch die vorgedachten städtischen Vertreter mit zuzuziehen haben. Min.-V. an sämmtl. Ksdd. v. 2. März 1870.

129.

Die Anwendung der Militärexecution in Wegebausachen betr.

Von der Ständeversammlung war bei Gelegenheit der Berathung des Gesetzentwurfs über die Wegebaupflicht der Antrag an die Regierung gestellt worden, dieselbe wolle die Behörden anweisen, das Zwangsmittel der militärischen Execution gegen säumige Wegebau-

pflichtige in der Regel nur erst dann anzuwenden, wenn die Androhung einer Geldstrafe ohne Wirkung geblieben sei. Die Regierung hat diesem Antrage stattzugeben beschlossen und hat die Kreisdirectionen veranlaßt, die Amtshauptmannschaften mit entsprechender Anweisung zu versehen. Min.=V. an sämmtl. Ksdd. v. 13. Jan. 1870.

130.

Die Begutachtung von Stauanlagen durch die fiscalischen Wasserbaubeamten betr.

Auf Anordnung des Ministeriums des Innern ist den Verwaltungsbehörden erster Instanz je ein Abdruck der Generalverordnung des Finanzministeriums an sämmtliche Amtshauptmannschaften, die Begutachtung von Stauanlagen durch die fiscalischen Wasserbaubeamten betr., vom 25. Oct. 1869 zur Kenntnißnahme und beziehentlich Nachachtung mit dem Bemerken zugegangen, daß auf Antrag des Ministeriums des Innern die Vorschrift im zweiten Absatz dieser Generalverordnung von dem Finanzministerium durch Verfügung vom 5. dieses Monats wieder außer Wirksamkeit gesetzt worden ist. Gemäß Min.=V. an sämmtl. Ksdd. vom 29. Nov. 1869 Gen.=V. der Ksd. zu Zwickau vom 19. März 1870 (V.=Bl. Nr. 6.).

VI. Medicinalpolizeisachen betr.

131.

Die Besetzung ärztlicher Aemter und Stellen betr.

Das Ministerium des Innern hat beschlossen, dem von der Plenarversammlung des Landes=Medicinal=Collegiums einstimmig gefaßten Beschlusse:

> „an die Staatsregierung, nämlich an die Ministerien des Cultus und öffentlichen Unterrichts, des Innern, der Justiz und der Finanzen, den Antrag zu richten, daß in künftigen Fällen der Erledigung und Neubegründung ärztlicher Aemter und Stellen, namentlich jener der Bezirksärzte, Gerichtsärzte, Schulärzte, Bergphysici, Aerzte an Straf= und Versorganstalten, Hülfsärzte im Civil ꝛc. die stattgefundene Erledigung oder Neubegründung mit der Aufforderung zur Bewerbung um die fragliche Stelle und unter Anfügung der von den Bewerbern zu erfüllenden Bedingungen öffentlich bekannt gemacht werde,"

innerhalb seines Geschäftsbereiches in Bezug auf die dabei in Frage kommenden Stellen, und daher in Bezug auf die Stellen der Bezirksärzte, der Assistenzärzte bei dem Entbindungsinstitute zu Dresden, der Aerzte und Hülfsärzte an den Straf=, Corrections= und Erziehungs=, ingleichen den Heil= und Versorgungsanstalten, soweit die=

ſelben nicht Directorialſtellen ſind, ſowie in Betreff der Polizeiärzte bei der Polizeidirection zu Dresden, zu entſprechen.

Die eintretenden Falles zu erlaſſende Bekanntmachung ſoll, was die Bezirksarztſtellen anlangt, von der betreffenden Kreisdirection, nachdem ſich dieſe darüber, daß die fragliche Stelle und in welchem Umfange ſie fortbeſtehen ſolle, durch Anfrage bei dem Miniſterium Gewißheit verſchafft hat, rückſichtlich der Polizeiarztſtellen zu Dresden aber und der betreffenden Stellen der Aerzte und Hülfsärzte an den Straf=, Heil= und Verſorgungsanſtalten, ſowie der Aſſiſtenzarztſtellen am Entbindungsinſtitute, beziehentlich von der Polizeidirection zu Dresden, der Direction der in Frage befangenen Landesanſtalt, der Direction des Entbindungsinſtitutes erlaſſen werden, und die Bekanntmachung ſoll in der Leipziger Zeitung, im Dresdner Journale und im Correſpondenzblatte der ärztlichen und pharmaceutiſchen Kreisvereine erfolgen, und zwar in den Fällen, wo zur Erlangung der betreffenden Stelle zuvor die ſtaatsärztliche Prüfung beſtanden ſein muß, unter ausdrücklicher Bemerkung dieſes Umſtandes. Beſchluß vom 25. Mai 1870, welcher zu weiterer Verfügung an die Polizeidirection zu Dresden und an die Directionen der Landesanſtalten mitgetheilt und den Kreisdirectionen und der Direction des Entbindungsinſtitutes zur Nachachtung zugefertigt worden iſt.

132.

Das Verhältniß der Aerzte II. Claſſe betr.

Von einem Bezirksarzte war bei Ueberreichung des Verzeichniſſes der Medicinalperſonen ſeines Bezirks um Beſcheidung darüber gebeten worden, ob er diejenigen Aerzte II. Claſſe, welche neuerdings an außerſächſiſchen Univerſitäten den mediciniſchen Doctortitel erworben und deſſen Anerkennung durch das Miniſterium des Cultus und öffentlichen Unterrichts erlangt haben, als Aerzte I. Claſſe anzuſehen habe. Hierauf hat das Miniſterium des Innern befunden, daß, da die Qualification als Arzt I. Claſſe nach der ſeither gültig geweſenen Geſetzgebung nur durch die vor der mediciniſchen Facultät zu Leipzig erlangte Promotion, oder für auswärts promovirte Aerzte durch das Beſtehen der in §§. 3. und 4. des Mandats vom 1. Juni 1824 geordneten Prüfung erworben werden konnte, ſeit dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung für den Norddeutſchen Bund nur durch Beſtehen der nach der Bekanntmachung des Bundescanzlers vom 25. Sept. 1869 vorgeſchriebenen ärztlichen Approbationsprüfung erworben werden kann, bei den hier in Frage befindlichen Med. practicis dies aber in keiner Weiſe ſtattgehabt hat, dieſe auch ferner nur als Aerzte II. Claſſe zu gelten haben, ſoweit bei ihnen ein Unterſchied von den Aerzten I. Claſſe in Betreff der Zulaſſung zur ſtaatsärztlichen Prüfung nach der Verordnung vom 29. Oct. 1869 (Geſetzblatt S. 331) noch in Frage kommt. Min.=V. an die Ksd. zu Dresden v. 21. Febr. 1870, den übrig. Ksdd. abſchriftl. zugefert.

133.

Die von den Hebammen zu bewirkenden Geburtsanzeigen betr.

Die Kreisdirection zu Zwickau hat — unter Bezugnahme darauf, daß, wie zu ihrer Kenntniß gekommen, von den Hebammen die Geburten häufig sehr spät dem betr. Kirchenbuchführer angezeigt würden — an die Medicinalpolizeibehörden verordnet, die Hebammen dahin mit Anweisung zu versehen, daß sie jede Geburt innerhalb der nächsten 24 Stunden bei dem betr. Geistlichen, beziehentlich Kirchenbuchführer anzumelden haben. V. vom 18. Jan. 1870 (V.=Bl. Nr. 2.).

134.

Den Transport des Schlachtviehes betr.

Die Kreisdirection zu Dresden hat, unter Bezugnahme auf die Wahrnehmung, daß beim Transport des Schlachtviehes, insbesondere durch quälerisches Schnüren der Kälber, den bezüglichen, durch Generalverordnung vom 11. Aug. 1868 (V.=Bl. Nr. 15.) in Erinnerung gebrachten Vorschriften der Generalverordnung vom 3. Juni 1839 (vergl. Funke's Polizeigesetze 2c. Bd. 3. S. 240) zuwider gehandelt werde, die Amtshauptmannschaften und Polizeiobrigkeiten angewiesen, die genaue Befolgung der gedachten Vorschriften streng überwachen zu lassen, beziehentlich die Gendarmerie mit behufiger Instruction zu versehen. Gen.=V. v. 25. April 1870 (V.=Bl. Nr. 9.).

135.

Kranken= und Begräbnißunterstützungskassen betr.

Als Erinnerung gegen das Regulativ für die allgemeine Krankenunterstützungs= und Begräbnißkasse zu G. hat das Ministerium des Innern Folgendes bemerkt:

Die in §. 10. ausgesprochene Vertretungsverbindlichkeit der Arbeitgeber, Lehrherren und Dienstherrschaften läßt sich allenfalls nur bei den Dienstherrschaften statuiren. Es mag in dieser Beziehung zu der Ministerialverordnung vom 18. Jan. 1869, das Statut des städtischen Krankenhauses zu H. betreffend, auf welche Bezug genommen worden ist, bemerkt werden, daß die in dieser Verordnung ausgesprochene Reprobation der beregten Vertretungsverbindlichkeit nur auf die dabei genannten Principale, Arbeitgeber und Lehrherren zu beziehen ist, die hierunter in einer, über die Bestimmung in Nr. 6. des §. 16. des Gesetzes vom 23. Juni 1868 hinausgehenden Weise nicht vinculirt werden können. V. an die Ksd. zu Dresden vom 27. März 1870, den übrig. Ksdd. in extractweiser Abschrift zugefert.

136.

Die Maßregeln bei der Rotz- und Wurmkrankheit der Pferde betr.

Nachdem in der zweiten Kammer der dermaligen Ständeversammlung der Antrag eingebracht worden war, daß §. 6. alin. 3. der Verordnung, polizeiliche Maßregeln bei der Rotz- und Wurmkrankheit der Pferde betreffend, vom 30. März 1855 (Gesetz- u. Verordnungsblatt v. J. 1855 S. 41), in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen §. 12. der Verordnung, polizeiliche Maßregeln bei der Lungenseuche der Rinder betr., vom 26. März 1856 (Gesetz- u. Verordnungsblatt v. 1856 S. 85), abgeändert werde und folgende Fassung erhalte:

> „Die Kosten des Heilverfahrens, sowie die Gebühren für das §. 7. vorgeschriebene Attestat über die erfolgte Heilung hat der Pferdebesitzer zu tragen, dagegen erfolgt die veterinärpolizeiliche Anordnung, Leitung und Ueberwachung des Heilverfahrens, sowie die §. 8. angeordnete Ueberwachung Seiten des Bezirksthierarztes den Pferdebesitzern gegenüber kostenfrei"

hat das Ministerium des Innern hierauf an die Kreisdirectionen verordnet, wie folgt.

Das Ministerium des Innern ist mit diesem Antrage im Wesentlichen einverstanden, indem Dasselbe in neuerer Zeit schon bisher auf diesfallsiges Ansuchen der betreffenden Pferdebesitzer die Kosten der veterinärpolizeilichen Beaufsichtigung und Ueberwachung in Bezug auf die Rotz- und Wurmkrankheit dispensationsweise in der Regel auf die Staatskasse übernommen hat. Es ist daher beschlossen worden, obigem Antrage zu entsprechen; das Ministerium des Innern befindet jedoch, daß es hierzu einer im Gesetz- und Verordnungsblatte zu erlassenden Verordnung nicht bedarf, vor der Hand vielmehr es genügen wird, wenn die Amtshauptmannschaften, Polizeiobrigkeiten und Bezirksthierärzte in Gemäßheit des gestellten Antrags dahin mit Bescheidung versehen werden, daß bei der Rotz- und Wurmkrankheit der Pferde in gleicher Weise, wie dies bei der Lungenseuche der Rinder nach §. 26. der neuerlich publicirten Verordnung vom 14. Dec. 1869 der Fall ist, dem betreffenden Pferdebesitzer für die im öffentlichen Interesse angeordneten veterinärpolizeilichen Maßregeln Kosten nicht anzusinnen sind, und die Königl. Bezirksthierärzte die ihnen für die Ueberwachung des Heilverfahrens (§. 6.), sowie für die denselben nach §. 8. der Verordnung vom 30. März 1855 obliegende Controle taxmäßig zukommenden Gebühren bei der Bezirksamtshauptmannschaft, bei welcher sie ihre Liquidation einzureichen haben, ausgezahlt erhalten sollen. Die Kreisdirection wolle daher demgemäß an die Amtshauptmannschaften und Polizeiobrigkeiten ihres Regierungsbezirks verfügen und ihre Anordnung nach Befinden im Kreisblatte zur öffentlichen Kenntniß bringen. Die Bezirksthierärzte werden durch die Commission für das Veterinärwesen mit entsprechender Bescheidung versehen. Min.-V. an

sämmtl. Ksdd. v. 18. Jan. 1870, und dieser gemäß Gen.-V. d. Ksd. zu Dresden v. 2. Febr. 1870 (V.-Bl. Nr. 4.), Gen.-V. d. Ksd. zu Zwickau vom 4. ej. (V.-Bl. Nr. 3.), V. der Ksd. zu Leipzig v. 5. ej. (V.-Bl. Nr. 6.), Bek. d. Ksd. zu Bautzen v. 7. ej. (Ksbl. Nr. 37.).

VII. Das Gewerbewesen betr.

137.

Das Verhältniß der Braugenossenschaften betr.

Die Braugenossenschaften sind — wie bereits früher in der Verordn. des Min. d. Inn. vom 25. Aug. 1868 ausgesprochen worden ist (vergl. in dieser Zeitschrift Bd. 31. S. 548) — nicht als „dem öffentlichen Rechte angehörige" Corporationen im Sinne des §. 1. des Gesetzes, die juristischen Personen betr., vom 15. Juni 1868 anzusehen. Dieselben stehen zwar insofern in einem Zusammenhange mit einem öffentlichen Rechte, als der Gewerbebetrieb der Braugenossenschaften in den zur Zeit noch bestehenden Bestimmungen über den städtischen Brauurbar gesetzlich geregelt ist. Dagegen läßt sich nicht sagen, daß sie als Genossenschaften ihrer rechtlichen Natur und Verfassung nach in dem öffentlichen Rechte wurzeln. Es folgt hieraus, daß in Bezug auf alle Angelegenheiten, welche die Braugenossenschaften als juristische Person betreffen, die Bestimmungen des Gesetzes vom 15. Juni 1868 Anwendung zu finden haben. Die Frage nun, ob für die Beschlußfassung des verfassungsmäßigen Organs über einen Gegenstand seines Geschäftsbereichs Stimmeneinhelligkeit oder Stimmenmehrheit erforderlich sei, ist recht eigentlich eine solche Angelegenheit, und deshalb nach dem Vorbemerkten der Cognition der Verwaltungsbehörden entrückt, daher insbesondere die Frage, ob die Braugenossenschaft zu S. über den Verkauf ihres Brauhauses, sowie des städtischen Brauurbars selbst mit Stimmenmehrheit oder nur mit Stimmeneinhelligkeit gültig beschließen könne, im Nichteinigungsfalle da nöthig im Rechtswege zur Entscheidung zu bringen sein wird, während die Frage für jetzt auf sich beruhen kann, ob etwaige Beschlüsse oder Maßnahmen der Braugenossenschaft in ihren Wirkungen die öffentliche Seite des Verhältnisses, die Ausübung des Brauurbars, dergestalt berühren können, daß in dieser Richtung eine Cognition der Verwaltungsbehörden begründet erscheint. Min.-V. an die Ksd. zu Zwickau v. 16. Nov. 1869.

138.

Die Prüfungsarbeiten der Bauhandwerker betr.

Das Ministerium des Innern hat die zeither obligatorisch bestandene Einrichtung der Aufbewahrung der von den Bauhandwerkern

gelieferten Prüfungsarbeiten dahin abzuändern beschlossen, daß diese Prüfungsarbeiten den Verfertigern auf ihr Ansuchen nach definitiv abgeschlossener Prüfung zurückgegeben werden können, diese Bestimmung auch rückwirkend zur Anwendung zu bringen ist. Min.-V. an sämmtl. Ksdd. vom 9. Mai 1870.

139.

Die nöthige Sorgfalt bei der Beschlußnahme auf Gesuche um Concession zum Schankbetriebe betr.

Die Kreisdirection zu Zwickau hat in dieser Beziehung Folgendes verordnet:

Der seit dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund wahrzunehmende große Andrang zur Errichtung neuer Schankwirthschaften läßt es nothwendig erscheinen, daß bei der Beschlußnahme auf hierauf bezügliche Concessionsgesuche mit aller Sorgfalt erwogen werde, ob nicht der Bewilligung derselben einer von den in §. 33. unter 1. und 2. der Bundesgewerbeordnung erwähnten Gründen entgegenstehe. Insbesondere ist in jedem einzelnen Falle nach Anleitung der vorgedachten Bestimmungen unter 2. eingehend und durch eigene Besichtigung der fraglichen Localitäten Seiten der betreffenden Obrigkeit zu erörtern, ob das zum Betriebe des erwähnten Gewerbes bestimmte Local seiner Beschaffenheit und Lage nach den polizeilichen Anforderungen genüge, und empfiehlt es sich ferner, daß diese Anforderungen nicht auf ein zu geringes Maß beschränkt werden. Lassen sich auch in dieser Hinsicht nicht für alle Fälle bestimmte Vorschriften treffen, so wird doch allenthalben daran festzuhalten sein, daß das für den Schankbetrieb ausersehene Local nicht nur ausreichenden Platz darbiete, sondern auch nicht zugleich den Wohnungsraum für den Wirth und dessen Familie bilde. Ebenso wird bei der Errichtung von zugleich auf das Ausspannen und Beherbergen gerichteten Gastwirthschaften das Vorhandensein ausreichender und geeigneter Räumlichkeiten zu Schlafstätten und Stallungen verlangt werden müssen. Indem dies den zuständigen Verwaltungsbehörden des Regierungsbezirks Zwickau zur Nachachtung hiermit eröffnet wird, bringt man denselben zugleich die Generalverordnung vom 14. Nov. 1869 (Verordnungsblatt S. 79) mit der erneueten Anweisung in Erinnerung, bei der Beschlußnahme wegen Ertheilung der Erlaubniß zum Branntweinschank nicht nur die Bedürfnißfrage sorgfältig und soweit nöthig durch eigene Recherchen an Ort und Stelle zu erörtern, sondern auch die Erlaubniß, wie in dem Falle, wenn hierbei der Mangel eines disfallsigen Bedürfnisses sich ergiebt, ebenso auch dann zu verweigern, wenn sich unter den obwaltenden Umständen mit Sicherheit annehmen läßt, daß der allgemeine Schankbetrieb nur zum Deckmantel für den ausschließlich oder hauptsächlich beabsichtigten Branntweinschank dienen soll. Das schon jetzt wahrzunehmende übergroße Anwachsen der ver-

derblichen Branntweinschankstätten mahnt dringend zur möglichsten Vorsicht bei der Handhabung des Concessionsbefugnisses, soll nicht in Kurzem ein, keineswegs den Absichten der einschlagenden Bestimmungen der Bundesgewerbeordnung entsprechender Zustand herbeigeführt werden. Gen.-V. vom 26. April 1870 (V.-Bl. Nr. 8.).

140.

Die Befragung der Gutsherrschaft über Gesuche um Erlaubnißertheilung zum Betriebe der Gast- oder Schankwirthschaft, beziehentlich die Mitwirkung der Friedensrichter betr.

Der Sinn der Bestimmung in §. 21. Abs. 4. der Ausführungsverordnung zur Bundesgewerbeordnung vom 16. Sept. 1869 ist der, daß der obrigkeitlichen Entschließung auf Gesuche um Erlaubniß zum Schankbetriebe 2c. vorauszugehen hat

a) das Gehör der Gemeindeorgane, wenn der fragliche Gewerbebetrieb auf dem Lande oder in einer Stadt, in welcher die allgem. Städteordnung nicht eingeführt ist, stattfinden soll, und

b) das Gehör der Gutsherrschaft, wenn der Gewerbebetrieb an einem Orte beabsichtigt wird, wo eine Gutsherrschaft existirt.

Es ist daher durch die gedachte Bestimmung auch bezüglich der früheren Gutsherren von Patrimonialstädten an dem ihnen durch §. 14. 4. der Beilage ⊙ zu dem Gesetze vom 11. Aug. 1855 vorbehaltenen Rechte etwas nicht geändert worden. Min.-V. an die Ksd. zu Zwickau vom 30. Nov. 1869.

Die Kreisdirection zu Dresden hat sich, nachdem zu ihrer Kenntniß gekommen, daß der Vorschrift in §. 21. der Verordnung des Königl. Ministeriums des Innern vom 16. Sept. 1869, die Ausführung der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund betr., wonach von den Obrigkeiten vor der Erlaubnißertheilung zum Gast- und Schankwirthschaftsbetriebe, beziehentlich Branntwein- und Spiritushandel die Gutsherrschaften, wo solche vorhanden, zu hören sind, nicht allenthalben regelmäßig nachgegangen werde, veranlaßt gesehen, sämmtlichen ländlichen Gewerbsobrigkeiten die zu Vermeidung begründeter Beschwerden unerläßliche Beachtung jener Vorschrift in Erinnerung zu bringen. Nicht weniger hat dieselbe angezeigt gefunden, die Gewerbsobrigkeiten darauf hinzuweisen, daß die durch das Gesetz vom 11. Aug. 1855 den Friedensrichtern zugewiesene Mitwirkung bei den Geschäften der obrigkeitlichen Verwaltung auch bezüglich des Gastirungs- und Schankwesens, resp. des Verkaufs von Branntwein oder Spiritus durch die zu Ausführung der Bundesgewerbeordnung ergangenen Bestimmungen nirgends aufgehoben worden, und daß daher zu wünschen und zu erwarten sei, daß von den Gewerbsobrigkeiten nicht unterlassen werde, die friedensrichterliche Mitwirkung unter den gesetzlich geordneten Voraussetzungen namentlich in solchen Fällen in Anspruch zu nehmen, wo bezüglich der einschlagenden Bedürfniß-,

Verkehrs- und Localitätsfragen eine auf specielle Kenntniß der einschlagenden örtlichen Verhältnisse zu basirende Erörterung sich als erforderlich darstelle. Gen.-V. vom 1. April 1870 (V.-Bl. Nr. 8.).

Das Ministerium des Innern hat die Annahme bestätigt, daß die Bestimmung im Schlußsatze von §. 14. der Beilage ⊙ zu dem Gesetze vom 11. Aug. 1855 (welcher bestimmte, daß, wenn der Gutsherr widerspreche und das Gerichtsamt den Widerspruch nicht beachten zu können glaube, die Kreisdirection entscheide) für die Fälle der Erlaubnißertheilung zum Gast- und Schankwirthschaftsbetriebe mit dem Inkrafttreten der Bundesgewerbeordnung sich erledigt habe. Min.-V. an die Ksd. zu Leipzig vom 14. Jan. 1870, den übrig. Ksdd. abschriftl. zugefert.

141.

Die unzulässigen Rechtsmittel im Schanksachen betr.

Das Ministerium des Innern erachtet es behufs der Abschneidung unzulässiger Rechtsmittel für zweckmäßig, daß in Schankerlaubnißangelegenheiten bei Eröffnung der zweitinstanzlichen Entscheidung der Kreisdirection, dafern diese die abfällige Entschließung der Behörde erster Instanz bestätigt, die Betheiligten darauf aufmerksam gemacht werden, daß diese Entscheidung nach §§. 40. 20. und 21. der Bundesgewerbeordnung in Verbindung mit §§. 26. 15. und 16. der Ausführungsverordnung vom 16. Sept. 1869 eine endgültige ist, gegen welche ein anderweiter Recurs nicht statt hat. Die Kreisdirectionen haben Veranlassung erhalten, die Unterbehörden mit entsprechender Anweisung zu versehen. Min.-V. an sämmtl. Ksdd. vom 16. April 1870, und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Zwickau vom 28. ej. (V.-Bl. Nr. 8.), Gen.-V. d. Ksd. zu Dresden vom 28. ej. (V.-Bl. Nr. 9.), V. d. Ksd. zu Leipzig vom 28. ej. (V.-Bl. Nr. 18.).

142.

Die Abhaltung öffentlicher Tanzbelustigungen betr.

Bei Berathung einer Petition auf dem vorigen Landtage ist über die häufige Ausdehnung der Dauer der öffentlichen Tanzbelustigungen über die regulativmäßige Schlußzeit hinaus Klage geführt und dem Wunsche nach einer strengeren Aufsichtsführung über dieses Ungebührniß Ausdruck gegeben worden. In Folge dessen hat das Ministerium des Innern den Kreisdirectionen anheimgegeben, ihre früher in dieser Beziehung erlassenen Verordnungen einzuschärfen. Demgemäß hat die Kreisdirection zu Dresden unter Bezugnahme auf ihre Generalverordnung vom 31. Dec. 1862 (Verordnungsblatt Nr. 16.) den Polizeibehörden die in den bestehenden Tanzregulativen enthaltene Vorschrift, wonach in jedem Tanzzettel die Anfangs- und namentlich die Schlußzeit der öffentlichen Tanzbelustigungen anzugeben sei, anderweit mit

der Anweisung eingeschärft, die betreffenden Expedienten demgemäß nochmals zu instruiren, auch die ihnen untergebenen Polizeiorgane zur sofortigen Anzeige etwaiger Uebertretungen der Gastwirthe zu veranlassen und die Contravenienten unnachsichtlich zur Untersuchung und Strafe zu ziehen. Gen.-V. vom 7. Mai 1870 (V.-Bl. Nr. 10.).

Desgleichen hat die Kreisdirection zu Zwickau, unter Bezugnahme darauf, daß bereits in der in Betreff des Tanzwesens an sämmtliche Polizeibehörden unter dem 31. August 1863 erlassenen Verordnung (Nr. 14. des Verordnungsblattes), — auf welche auch die Generalverordnung, das Tanzmusikhalten betr., vom 16. Nov. 1869 (Verordnungsbl. Nr. 17.) ausdrücklich Bezug nehme, — unter 9. und 11. auf den rechtzeitigen Schluß der Tanzbelustigungen, wobei spätestens die 12. Abendstunde als Regel zu gelten habe, sowie auf die Unzulässigkeit der Gestattung sogenannter freier Nächte hingewiesen worden sei — sämmtliche Polizeibehörden auf diese Bestimmungen nochmals aufmerksam gemacht und angewiesen, über genaue Innehaltung der Schlußzeit der Tanzbelustigungen unter gemessener Instruirung der mit der Aufsichtsführung hierüber betrauten ortspolizeilichen Organe sorgfältig zu wachen, gegen etwaige Uebertretungen der deshalb bestehenden Vorschriften nach Maßgabe §. 140. der allgemeinen Armenordnung und in sonst geeignet erscheinender Weise nachdrücklich einzuschreiten, namentlich aber dem mißbräuchlichen Gebahren der zahlreichen Vereine, welche unter dem Deckmantel geschlossener Gesellschaften beziehentlich im Interesse von Schankwirthen Belustigungen veranstalten, welche, sofern dazu öffentlich eingeladen oder unstatthafter Weise dabei Eintrittsgeld erhoben und der Zutritt von Fremden gestattet wird, überwiegend den Character öffentlicher Vergnügungen an sich tragen, ernstlich entgegenzutreten. Zugleich sind die Amtshauptleute zu geeigneter Anweisung der Gendarmerie in vorgedachter Hinsicht veranlaßt worden. Gen.-V. vom 10. Mai 1870 (V.-Bl. Nr. 9.).

143.

Das Musikmachen an öffentlichen Orten betr.

Vermöge der in §. 13. des sächsischen Gewerbegesetzes vom 15. October 1861 geordneten ortspolizeilichen Regulirungsbefugniß war der Stadtrath zu A. unter der Herrschaft dieses Gesetzes zwar berechtigt, die Erlaubniß zum Musikmachen an öffentlichen Orten auf die Person des dasigen Stadtmusicus zu beschränken, d. h. andern Personen die gleiche Erlaubniß auf Ansuchen zu versagen. Der Stadtmusicus erlangte jedoch durch diese Erlaubniß seinerseits immerhin etwas Mehreres nicht, als die persönliche Berechtigung zur Ausübung seines Gewerbes, und zwar ganz in der Maaße, wie solche alle sonstigen Gewerbtreibenden erwarben, deren Gewerbebetrieb von vorgängiger Concession, Erlaubniß oder Genehmigung abhängig war. Eine „ausschließliche Gewerbsberechtigung" im Sinne §. 7. 1. der

Bundesgewerbeordnung, d. h. nach der dort gegebenen ganz klaren Definition, ein gewerbliches Verbietungsrecht, konnte er durch jene Modalität der Regulirung so gewiß nicht erwerben, als eine solche zu ertheilen der Stadtrath durch §. 43. des Gewerbegesetzes unbedingt verhindert war. Wenn nach jener Regulirung andere Personen sich des Musikmachens an öffentlichen Orten zu enthalten hatten, so war der Grund davon nicht der, daß der Stadtmusicus das Recht gehabt hätte, ihnen dieß zu untersagen, sondern der, daß der Stadtrath Anstand nahm, ihnen — wozu er an sich nach der Gewerbegesetzgebung unzweifelhaft befugt gewesen wäre — Erlaubniß dazu zu ertheilen. Die ganz wesentlich verschiedenen Begriffe „alleinige Erlaubniß" und „ausschließliche Gewerbsberechtigung" oder „Verbietungsrecht" sind nicht zu verwechseln. Mit dem Inkrafttreten der Bundesgewerbeordnung hat sich die Bestimmung in §. 13. des sächsischen Gewerbegesetzes und die darin der Ortspolizeibehörde eingeräumte Regulirungsbefugniß erledigt; das Musikmachen an öffentlichen Orten ist gegenwärtig, insoweit es als ein stehendes Gewerbe im Sinne der §§. 41. und 42. der Bundesgewerbeordnung (im Gegensatze zu §. 59. derselben) und nicht in der, in §. 27. der Ausführungsverordnung vom 16. September vorigen Jahres bezeichneten Weise betrieben wird, ein lediglich an die Erfüllung der gesetzlichen Anzeigepflicht gebundenes freies Gewerbe. Min.-V. an die Ksd. zu Zwickau v. 22. März 1870, den übrig. Ksdd. abschr. zugefert.

144.

Die Zurücknahme von Erlaubnißertheilungen zum Betriebe des Gewerbes als Schauspielunternehmer betr.

Obwohl nach §. 20. der Ausführungsverordnung zur Bundesgewerbeordnung vom 16. September 1869 die Erlaubniß zum Betriebe des Gewerbes als Schauspielunternehmer von jeder Kreisdirection für ihren Regierungsbezirk, beziehentlich nach einer besonderen Verordnung des Ministeriums von der Gesammtcanzlei zu Glauchau auf Grund einer solchen Erlaubniß der Kreisdirection noch besonders für das receßherrschaftliche Gebiet zu ertheilen ist, so bringt es doch die Natur der Sache mit sich, daß die rechtskräftig ausgesprochene Zurücknahme einer solchen Erlaubniß Seiten einer Kreisdirection auf Grund §. 53. Absatz 2. der Bundesgewerbeordnung von selbst auch die Erledigung der demselben Unternehmer von anderen Kreisdirectionen und beziehentlich der Gesammtcanzlei zu Glauchau ertheilten gleichen Erlaubniß zur Folge haben muß, ohne daß eine Wiederholung des in §. 54. der Bundesgewerbeordnung und in §. 30. Absatz 4. der Ausführungsverordnung vom 16. September 1869 vorgeschriebenen Verfahrens stattzufinden hat, es vielmehr nur der formellen Außerkraftsetzung der hier ertheilten Erlaubniß durch eine entsprechende Bescheidung des Unternehmers bedarf. Um die Durchführung dieses

Grundsatzes zu ermöglichen, sind die Kreisdirectionen angewiesen worden, von der rechtskräftig ausgesprochenen Zurücknahme einer Erlaubniß der fraglichen Art die übrigen Kreisdirectionen und die Gesammtcanzlei zu Glauchau jedesmal zu benachrichtigen. Min.-V. an sämmtl. Krsd. v. 10. Mai 1870.

145.
Den Gewerbebetrieb im Umherziehen betr.

Es kann der Fall eintreten, daß nichtsächsische Angehörige eines norddeutschen Bundesstaats ihr Gewerbe im Umherziehen, zu dessen Betreibung sie nach Erlangung des Legitimationsscheins an sich innerhalb des ganzen Bundesgebiets auf Grund der Bundesgewerbeordnung berechtigt sein würden, zunächst lediglich innerhalb des Königreichs Sachsen ausüben wollen und mit Rücksicht hierauf bei einer hierländischen Kreisdirection das Gesuch um Ertheilung des Legitimationsscheins stellen. Es waltet in derartigen Fällen kein Bedenken dagegen ob, daß die Kreisdirectionen einem solchen Gesuche entsprechen, dafern der Gewerbtreibende durch eine Bescheinigung seiner Heimathbehörde sich darüber ausweist, daß der Ertheilung des Legitimationsscheins keiner der in §. 57. der Bundesgewerbeordnung angegebenen Versagungsgründe entgegensteht. Dies ist den Kreisdirectionen zur Nachachtung eröffnet worden. Min.-V. an sämmtl. Ksdd. vom 14. Mai 1870.

146.
Zulässigkeit von Ausländern zum Gewerbebetrieb im Umherziehen betr.

Nach neuerlicher Beschlußfassung des Bundesraths — Protocoll der 24. Sitzung vom 3. Juni 1870 §. 260. — sollen die maaßgebenden Bestimmungen über die Zulassung von Ausländern, d. i. Nichtbundesangehörigen, zum Gewerbebetriebe im Umherziehen innerhalb des Gebietes des norddeutschen Bundes soweit thunlich durch Vereinbarung des Bundespräsidiums mit den einzelnen hierbei in Betracht kommenden ausländischen Regierungen festgestellt werden. So lange und soweit derartige Vereinbarungen nicht getroffen und zur öffentlichen Kenntniß gebracht sind, haben die hierländischen Behörden in Bezug auf die Behandlung von dergleichen Ausländern in der hier fraglichen Beziehung folgende Puncte zur Richtschnur zu nehmen:

1) Legitimationsscheine, welche von höheren Verwaltungsbehörden der zum norddeutschen Bunde gehörigen Staaten an dergleichen Ausländer ertheilt sind, gelten in der Regel für das ganze Bundesgebiet. Nur hinsichtlich des Betriebs der in §. 59. der Bundesgewerbeordnung gedachten Gewerbe sind Ausländer ebenfalls den beschränkenden Bestimmungen dieser §. und der §. 60. der Bundesgewerbeordnung unterworfen.

2) Soweit dergleichen Ausländer bei sächsischen Behörden um Zulassung zum Gewerbebetriebe im Umherziehen und Ertheilung entsprechender Legitimation nachsuchen, ist die Gestattung auch ferner auf diejenigen Arten des Gewerbebetriebes im Umherziehen und bez. Hausirhandels zu beschränken, zu welchen Ausländern nach der bisherigen sächsischen Gesetzgebung Erlaubniß ertheilt werden konnte.

Andrerseits leidet die Schlußbestimmung in §. 55. der Bundes-Gewerbeordnung auf dergleichen Ausländer nicht ohne Weiteres Anwendung; dieselben sind vielmehr auch rücksichtlich des Verkaufs oder Ankaufs roher Erzeugnisse der Land- und Forstwirthschaft, des Garten- und Obstbaues dann an die Zulassung der Behörde gebunden, wenn ihr Gewerbebetrieb sich nicht auf den localen Verkehr an der Grenze beschränkt.

3) Den Ausländern werden nicht weiter „Erlaubnißscheine" ausgestellt, wie in der sich nunmehr erledigenden Verordnung an die Kreisdirectionen vom 29. December vorigen Jahres (vergl. in dieser Zeitschrift Bd. 33. S. 471.) bestimmt war, sondern Legitimationsscheine nach den der Verordnung vom 18. December vorigen Jahres (Gesetz- und Verordnungsblatt vom Jahre 1869 S. 347 f.) beigedruckten Formularen. Die Legitimationsscheine nach dem Formulare C. für die in §. 58. Abs. 1. und 2. der Bundesgewerbeordnung gedachten Gewerbsbetriebsarten sind von der, dem Wohnorte des ausländischen Gewerbtreibenden zunächst gelegenen diesseitigen Grenzbehörde, bez. der Unterbehörde desjenigen Orts, an welchem der Gewerbebetrieb beabsichtigt wird, zu ertheilen.

4) Die Zulassung von Ausländern in vorbemerkter Maaße setzt ebenfalls voraus, daß keiner der in §. 57. der Bundesgewerbeordnung unter 1—4 gedachten Versagungsgründe vorliegt und hierüber Nachweis beigebracht wird, sowie daß der Gewerbsteuerpflicht genügt wird.

Die Kreisdirectionen sind veranlaßt worden, sich hiernach zu achten und die ihnen untergebenen Behörden und Organe mit entsprechender Weisung zu versehen. Min.-V. an sämmtl. Ksdd. vom 18. Juni 1870, und dieser gemäß Gen.-V. der Ksd. zu Leipzig v. 27. ej. (V.-Bl. Nr. 26.), der Ksd. zu Zwickau v. 28. ej. (V.-Bl. Nr. 11.).

147.

Die Competenz des Polizeipräsidiums in Berlin zu Ausstellung von Legitimationsscheinen für den Gewerbebetrieb im Umherziehen betr.

Zur Vermeidung von Irrungen und Unzuträglichkeiten sind die Verwaltungsbehörden darauf aufmerksam gemacht worden, daß das königliche Polizeipräsidium in Berlin zu den höhern Verwaltungsbehörden im Sinne der Bundes-Gewerbeordnung gehört und daher

namentlich zur Ausstellung von Legitimationsscheinen für den Gewerbebetrieb im Umherziehen mit Gültigkeit für das gesammte Bundesgebiet competent ist, und zugleich ist an die Amtshauptmannsschaften Veranlassung ergangen, die Gendarmerie hiernach mit entsprechender Instruction zu versehen. M.=V. an sämmtl. Ksdd. v. 7. März 1870 und dieser gemäß Gen.=V. der Ksd. zu Zwickau v. 11. März 1870 (V.=Bl. Nr. 6.), Bek. d. Ksd. zu Dresden v. 25. Febr. 1870 (V.=Bl. Nr. 6.), V. d. Ksd. zu Leipzig v. 10. März 1870 (V.=Bl. Nr. 12.).

148.

Die Gesuche um Ausstellung von Legitimationsscheinen zum Gewerbebetrieb im Umherziehen betr.

Die Kreisdirection zu Bautzen hat, unter Bezugnahme darauf, daß Gesuche dieser Art in großer Zahl bei ihr unmittelbar angebracht würden, ohne einen Verhaltschein und ein ärztliches Zeugniß beizubringen, und auf die dadurch verursachten Weiterungen, auf die Beobachtung der Bestimmungen in den §§. 5. u. 11. der Verordn. v. 18. Decbr. 1869 den Gewerbebetrieb im Umherziehen betr. hingewiesen. Gen. V. v. 7. Jan. 1870 (Ksbl. Nr. 11.).

149.

Die Beschäftigung von Kindern in Fabriken betr.

Das Ministerium des Innern hat aus folgenden Gründen Bedenken getragen, auf Gesuche um zeitweilige Dispensation von dem in §. 128. der Bundesgewerbeordnung ausgesprochenen Verbote der Beschäftigung von Kindern unter 12 Jahren einzugehen. Allerdings giebt §. 133. desselben Gesetzes den Controlbehörden das Recht, auf die Zeit von höchstens einem Jahre für solche bereits bestehende Anstalten Ausnahmevorschriften zu erlassen, welchen durch Ausführung von §§. 128. und 129. die nöthige Arbeitskraft entzogen werde. Diese Bestimmung von transitorischem Charakter ist offenbar auf solche Theile des Bundesgebietes berechnet, wo eine derartige Beschränkung zur Zeit noch nicht bestand. Nun enthielt aber §. 62. des Sächsischen Gewerbegesetzes von 1861 schon die Bestimmung, daß vom 1. Januar 1865 an Kinder unter 12 Jahren nicht in Fabriken beschäftigt werden sollen. Seitdem sind nunmehr wieder fünf Jahre verflossen. Innerhalb dieser Zeit sind mehrfache auf bestimmte Industriezweige bezügliche Gesuche um Ausnahmen von dieser Bestimmung (wie sie nach dem vierten Absatze von §. 62. des Sächsischen Gewerbegesetzes zulässig waren) angebracht, auf die abfälligen gutachtlichen Aeußerungen der bezüglichen Handels= und Gewerbekammern aber nicht genehmigt worden. Die Industriellen sind durch das Gesetz und durch diese abfälligen Entschließungen ausreichend aufmerksam gemacht worden und haben Zeit genug gehabt, ihre Einricht=

ungen zu treffen; man hätte mit Recht erwarten können, daß die Vorschriften von §. 62. des Sächsischen Gewerbegesetzes überall durchgeführt gewesen wären, noch ehe die Bundesgewerbeordnung in Kraft trat. Wenn trotzdem nach Publication der letzteren wieder von verschiedenen Seiten, gleichsam als ob etwas ganz Neues geschaffen wäre, Dispensationsgesuche unter Beziehung auf §. 133. der Bundesgewerbeordnung eingehen, so ist darin nur ein bedauerlicher Beweis zu erblicken, daß die gesetzlichen Bestimmungen für Sachsen von Seiten verschiedener Industrieller während fünf Jahren keine Beachtung gefunden haben, und daß von den Petenten die im letzten Absatze von §. 62. des Sächsischen Gewerbegesetzes, beziehentlich in §. 150. der Bundesgewerbeordnung, ausgesprochenen Strafen verwirkt worden sind. Will man nun auch von Einleitung eines Strafverfahrens absehen, so kann doch von weiterer Nachsicht nicht füglich die Rede sein. Eine, nach §. 133. der Bundesgewerbeordnung höchstens bis zum 1. October 1870 zulässige Dispensation würde nach diesen seit 1865 gemachten Erfahrungen abermals nur die Folge haben, daß bis zu Ablauf derselben wieder nichts geschehen würde, um dem Gesetze Genüge zu leisten. Jene Erfahrungen zeigen vielmehr, daß in gewissen Fällen die Durchführung gesetzlicher Bestimmungen nicht durch Nachsicht, sondern nur durch Strenge zu erreichen ist. M.=V. an die Ksd. zu Leipzig v. 28. December 1869, den übrig. Ksdd. schriftl. zugefert.

VIII. Gemeindesachen betr.

150.

Die Verwendung von Stempelpapier bei Ertheilung des Bürgerrechts betr.

Das Ministerium des Innern hat der Ansicht, daß bei Erwerbung des Bürgerrechts auch fernerhin der in der Stempeltaxe für das Bürgerrecht festgesetzte Stempelbetrag abzuentrichten sei, beigepflichtet, da in den Motiven zu §. 1. des Gesetzes vom 5. März dieses Jahres ausdrücklich bemerkt sei, daß unter dem aufgehobenen Bürgergelde diejenigen Abgaben zu verstehen seien, welche bei Erwerb des Bürgerrechts zeither in irgend eine Gemeindecasse zu bezahlen gewesen, und als demnächst auch das Gesetz selbst nach Inhalt der Bestimmung in §. 1. Abs. 2. bei Erwähnung des an die Sportelcasse zu zahlenden Betrags, in diesem letztern die baaren Verläge und folglich auch die Stempelgebühr — wie von dem Regierungscommissar bei den ständischen Verhandlungen in der I. Kammer (Landtagsmittheilungen der I. Kammer S. 982.) noch besonders hervorgehoben worden sei — nicht mitbegriffen wissen wollte. Wenn eine Abänderung des Stempelmandats vom 11. Januar 1819 in der

fraglichen Beziehung beabsichtigt worden wäre, so hätte dieselbe in dem Gesetze vom 5. März dieses Jahres ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. M.=V. v. d. Ksd. zu Zwickau v. 3. Mai 1870, den übrig. Ksdd. abschriftl. zugefert. und dieser gemäß Gen.=V. d. Ksd. zu Zwickau v. 19. ej. (V.=Bl. Nr. 9.), Gen.=V. d. Ksd. zu Dresden v. 12. ej. (V.=Bl. Nr. 10.).

151.

Die Landgemeindewahlen betr.

Unter Beziehung auf die an die Kreisdirectionen ergangene Generalverordnung vom 7. October 1867, die Vornahme der Landgemeindewahlen durch die Gemeindevorstände und beziehentlich deren Stellvertreter betr., hat das Min. des Inn., in Verfolg eines ständischen Antrags und da die erwähnte Generalverordnung den gewünschten Erfolg nicht gehabt zu haben scheine, die Kreisdirectionen veranlaßt, die Gemeindeobrigkeiten anderweit bestimmtest anzuweisen, es sich angelegen sein zu lassen, daß die Landgemeinden von der Ermächtigung, die denselben durch das Gesetz vom 12. Juli 1864 ertheilt worden ist, in möglichst weitem Umfange Gebrauch machen und daher durch ihre eignen Organe der Leitung der Gemeindewahlen sich unterziehen, und gleichzeitig dieselben anzuweisen, bei der ihnen in §. 6. des gedachten Gesetzes vorbehaltenen Prüfung der durch die Gemeindeorgane geleiteten Wahlen, sich, soweit namentlich nicht Reclamationen aus der Mitte der betheiligten Wählerschaften vorliegen, aller solcher Ausstellungen zu enthalten, die den Vorschriften des Gesetzes gegenüber nicht unbedingt nöthig erscheinen, und die Leiter der Landgemeindewahlen auf das der Ausführungsverordnung zu dem angezogenen Gesetze als Beilage beigedruckte Schema zu einem Wahlprotocolle, welches bei den betreffenden protocollarischen Niederschriften benutzt werden kann, noch besonders aufmerksam zu machen. M.=V. an sämmtl. Ksdd. v. 26. Febr. 1870 und dieser gemäß Gen.=V. der Ksd. zu Dresden v. 7. März 1870 (V.=Bl. Nr. 6.), Gen.=V. d. Ksd. zu Zwickau v. 17. ej. (V.=Bl. Nr. 6.), V. d. Ksd. zu Leipzig v. 7. ej. (V.=Bl. Nr. 12.).

152.

Die von Gemeindevorständen auszustellenden Vollmachten betr.

Die Kreisdirection zu Leipzig hat die Gemeindeobrigkeiten veranlaßt, darauf zu achten, daß diesen Vollmachten das Gemeindesiegel beizudrucken sei, da sie nach dem Gerichtsbrauche hierdurch erst die erforderliche Glaubwürdigkeit erhalten. Bek. v. 6. April 1870 (V.=Bl. Nr. 16.).

153.

Die Besteuerung einzelner Gewerbe Seiten der Gemeinden betr.

Die Kreisdirectionen zu Dresden, Leipzig und Zwickau haben in Gemäßheit der Bd. 33. S. 474. dieser Zeitschrift angeführten hierauf bezüglichen Verordn. des Min. des Inn. vom 2. Septbr. 1869 Bekanntmachungen in den Kreisblättern erlassen. Bek. der Ksd. zu Dresden von 15. Febr. 1870 (V.=Bl. Nr. 5.), Gen.=V. der Ksd. zu Zwickau v. 31. März 1870 (V.=Bl. Nr. 7.), Bek. d. Ksd. zu Leipzig v. 12. Jan. 1870 (V.=Bl. Nr. 4).

154.

Das Musikmachen an öffentlichen Orten betr.

(Zu §§. 7. 41. u. 42. des Bundesgewerbeordnung.)

Mit Rücksicht darauf, daß dem Stadtmusicus G. bei seiner Annahme als Stadtmusicus zu W. das Recht zur ausschließlichen Ausübung der Tanzmusik für den Bezirk der Stadt W. zugesichert worden, war auf Antrag des dasigen Stadtraths den zur Abhaltung von Tanzmusik berechtigten Gast= und Schänkwirthen zu W. unter dem 20. Februar 1869 Seiten des dasigen Königl. Gerichtsamts eröffnet worden, daß sie sich bei Vermeidung von Strafe bei den von ihnen abzuhaltenden Tanzvergnügen lediglich der musicalischen Aufwartung des Stadtmusicus G. zu bedienen hätten.

Als nun nach Inkrafttreten der Bundesgewerbeordnung auf Grund des gedachten, dem Stadtmusicus G. eingeräumten ausschließlichen Rechtes die durch den Schießhauswirth O. in W. von einem Militärmusikcorps erbetene Erlaubniß zur Abhaltung von Tanzmusik in dem Tanzlocale des O. abgeschlagen, — indem auch nach §. 7. der Bundesgewerbeordnung das Gerichtsamt W. den Stadtmusicus G. bis zum 31. December 1872 in der ihm im Bezirke der Stadt W. ausschließlich zugestandenen Gewerbsberechtigung schützen zu müssen glaubte, — hiergegen aber Seiten des genannten O., weil die ausschließliche Concessionirung des G. mit dem Eintritte der Geltung der Bundesgewerbeordnung alle Wirksamkeit verloren habe, Recurs eingewendet worden war, hat die Königl. Kreisdirection zu Dresden unterm 10. Mai 1870 in Erledigung des eingewendeten Recurses sich ausgesprochen wie folgt:

„Die von dem Gerichtsamte W. in dem den Recurs des Schießhauswirths O. daselbst betreffenden Ueberreichungsbeschlusse ausgesprochene, die Abschlagung des O.'schen Gesuches durch ein auswärtiges Musikchor Tanzmusik machen zu lassen, zum Grunde gelegte Anschauung, daß die dem Stadtmusicus G. in W. bei

seiner im Jahre 1857 erfolgten Anstellung in dieser Function mit Ausschluß anderer Musikchöre ertheilte Gewerbsberechtigung den in §. 7. der Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 erwähnten gewerblichen Verbietungsrechten, resp. Zwangs- und Bannrechten beizuzählen und daß daher der Stadtmusicus G. bis zum 31. December 1872 dabei zu schützen sei, kann als richtig schon aus dem Grunde nicht angesehen werden, weil der Musikzwang für das Königreich Sachsen bereits durch das Gesetz vom 19. Februar 1850, die Aufhebung aller noch bestehenden Bannrechte betr., also bereits vor der Anstellung G.'s als Stadtmusicus und bevor durch §. 43. des Gewerbegesetzes von 15. October 1861 die Aufhebung aller gewerblichen Verbietungsrechte noch weiter gesetzlich festgestellt ward, erfolgt war und weil die für W. erfolgte Regulirung des Tanzmusikwesens daher nur als eine auf Grundlage der Ministerialverordnung vom 4. Mai 1850, resp. §. 13. des Gewerbegesetzes vom 15. October 1861 getroffene, dem Oberaufsichtsrechte der Regierungsbehörde unterliegende Einrichtung anzusehen gewesen ist, aus welcher ein dem Stadtmusicus zustehendes Verbietungs- und Ausschließungsrecht unter aller Umständen nicht hergeleitet werden kann.

Durch die inmittelst ins Leben getretene Bundesgewerbeordnung ist nun aber das Musikmachen im Allgemeinen als ein freies Gewerbe bezeichnet, dessen Ausübung unter den gesetzlichen Voraussetzungen nicht untersagt werden darf und hinsichtlich dessen auch das der Ortspolizeibehörde bis dahin eingeräumt gewesene Regulirungsbefugniß, ohne daß dagegen den bisherigen Concessionarien ein Widerspruchsrecht oder ein Entschädigungsanspruch zusteht, als erledigt anzusehen ist.

Insoweit daher der Recurs des O. gegen die Eingangs gedachte Auffassung des Gerichtsamts gerichtet ist, hat die Königl. Kreisdirection denselben als begründet anzusehen gehabt."

Gleichzeitig ließ dieselbe zur Instruction des Gerichtsamtes eine, von dem Königl. Ministerium des Innern an die Königl. Kreisdirection zu Zwickau unter dem 22. März 1870 erlassene, hier einschlagende und wie folgt lautende Verordnung*) in Abschrift beigehen.

„Die Vorstellung, welche der Stadtrath zu A. in seinem Berichte gegen die, das Gesuch des Musicus L. in A. betreffende Verordnung der Kreisdirection zu Zwickau erhoben hat, beruht auf einer irrigen Ansicht. Vermöge der in §. 13. des sächsischen Gewerbegesetzes vom 15. October 1861 geordneten ortspolizeilichen Regulirungsbefugniß war der genannte Stadtrath unter der Herrschaft dieses Gesetzes zwar berechtigt, die Erlaubniß zum Musikmachen an öffentlichen Orten auf die Person des dasigen

*) Vergl. S. 471. Nr. 143.

Stadtmusicus zu beschränken, d. h. andern Personen die gleiche Erlaubniß auf Ansuchen zu versagen. Der Stadtmusicus erlangte jedoch durch diese Erlaubniß seinerseits immerhin etwas Mehreres nicht, als die persönliche Berechtigung zur Ausübung seines Gewerbes und zwar in der Maße, wie solche alle sonstigen Gewerbtreibenden erwerben, deren Gewerbebetrieb von vorgängiger Concession, Erlaubniß oder Genehmigung abhängig war. Eine „ausschließliche Gewerbsberechtigung" im Sinne §. 7. der Bundesgewerbeordnung, d. h. nach der dort gegebenen, ganz klaren Definition ein gewerbliches Verbietungsrecht, konnte er durch jene Modalität der Regulirung so gewiß nicht erwerben, als eine solche zu ertheilen der Stadtrath durch §. 43. des Gewerbegesetzes unbedingt verhindert war. Wenn nach jener Regulirung andere Personen sich des Musikmachens an öffentlichen Orten zu enthalten hatten, so war der Grund davon nicht der, daß der Stadtmusicus das Recht gehabt hätte, ihnen dies zu untersagen, sondern der, daß der Stadtrath Anstand nahm, ihnen — wozu er an sich nach der Gewerbegesetzgebung unzweifelhaft befugt gewesen wäre — Erlaubniß dazu zu ertheilen. Der Stadtrath verwechselt bei seiner jetzigen Remonstration offenbar die ganz wesentlich verschiedenen Begriffe „alleinige Erlaubniß" und „ausschließliche Gewerbsberechtigung" oder „Verbietungsrecht" und gelangt dabei zu einem mit den gewerbegesetzlichen Vorschriften in Widerstreit tretenden Resultate. Wie nun von der Kreisdirection bereits ausgesprochen worden ist, hat sich mit dem Inkrafttreten der Bundesgewerbeordnung die Bestimmung in §. 13. des sächsischen Gewerbegesetzes und die darin der Ortspolizeibehörde eingeräumte Regulirungsbefugniß erledigt; das Musikmachen an öffentlichen Orten ist gegenwärtig, insoweit es als ein stehendes Gewerbe im Sinne der §§. 41. und 42. der Bundesgewerbeordnung (im Gegensatz zu §. 59. derselben) und nicht in der, in §. 27. der Ausführungsverordnung vom 16. September 1869 bezeichneten Weise betrieben wird, ein lediglich an die Erfüllung der gesetzlichen Anzeigepflicht gebundenes freies Gewerbe und kann daher auch dem Musicus L. in A. nicht weiter untersagt werden."

VI.

Bedeutung des §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen.

Von Herrn Geheimen Rath, Comthur des K. S. V.-O. Dr. **Marschner** in Dresden.*)

Ein Aufsatz in Bd. 33. S. 385 dieser Zeitschrift beschäftigte sich mit der Frage:

„Ist die Bestimmung in §. 93. der Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 durch §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs derogirt worden oder nicht?"

bejahte zwar diese Frage, glaubte aber doch, dieselbe noch als offen betrachten zu dürfen, und forderte eben deshalb zur weiteren Prüfung derselben auf.

Der Verfasser gegenwärtiger Zeilen hatte als Regierungscommissar den Entwurf der Notariatsordnung in den ständischen Kammern zu vertreten und war auch Mitglied der zur Revision

---

*) Der hier zur Mittheilung gelangende Aufsatz des Herrn Geh. Rathes Dr. Marschner ging uns etwas später als die im vorigen Hefte S. 385 ff. abgedruckte Abhandlung des Herrn App.-Rathes Prof. Dr. Müller und noch vor deren Veröffentlichung zu. Beide Aufsätze beschäftigen sich mit der nämlichen Frage, allein die Anschauungen, von denen ihre hochgeehrten Verfasser ausgegangen sind, sind zum Theil andere, und die Frage selbst ist von so hohem practischen Interesse, daß wir schwerlich irren dürften, wenn wir annehmen, daß eine mehrseitige Beleuchtung derselben unserem Leserkreise besonders willkommen sein werde. Die Redaction.

des Entwurfs zu dem bürgerl. Gesetzbuche bestellten Commission wie der Redactions-Deputation der letzteren. Diese seine Betheiligung an den Gesetzgebungsarbeiten durfte für ihn Veranlassung sein, sich über die Bedeutung des §. 2108. auszusprechen. Da er nicht wohl voraussetzen kann, daß die dabei in Betracht kommenden Verhandlungen einem Jeden zur Hand sind, so wird es angemessen sein, dieselben in ihrem Wortlaute vorzuführen. Bei einem bloßen Referate des Inhalts könnte leicht der Zweifel entstehen, ob dasselbe das wirklich Entscheidende vollständig angebe.

Die Motiven zu dem Entwurfe der Notariatsordnung (Erste Abtheilung der Landtagsacten vom Jahre 1857 S. 509) sprachen aus:

„Zunächst und hauptsächlich besteht der Beruf des Notars darin, auf Verlangen der Betheiligten über die von denselben vor ihm in Bezug auf Rechtsverhältnisse abgegebenen Erklärungen und vorgenommenen Handlungen, sowie über gewisse von ihm gemachte, auf Rechtsverhältnisse sich beziehende Wahrnehmungen Urkunden mit dem Character der Oeffentlichkeit auszustellen (§. 1. unter 1, 4, 5.). Er hat auf Verlangen der Betheiligten Rechtsgeschäfte, d. h. Willenserklärungen, welche auf Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen gerichtet sind, zu beurkunden, mögen sie mehrseitig oder einseitig sein, mithin, soweit letztwillige Verfügungen außergerichtlich getroffen werden, auch diese. Wenn nun aber die Amtswirksamkeit des Notars bei den letzteren sich ebenfalls lediglich auf Beurkundung des vor ihm Verhandelten beschränkt, indem der Entwurf nicht ein notarielles Testament als eine besondere Form öffentlicher Testamente kennt, so folgt hieraus ganz selbstverständlich, daß zur Errichtung einer außergerichtlichen letztwilligen Verfügung, auch wenn darüber ein notarielles Protocoll aufgenommen werden soll, außer dem Notar und den Notariatszeugen die volle, zu einer solchen gesetzlich vorgeschriebene Zahl von Zeugen nöthig ist, mithin in dieselbe weder der Notar noch die Notariatszeugen einzurechnen sind. Es tritt daher, wie dies übrigens auch §. 93. des Entwurfs besagt, dasjenige, was die Notariatsordnung (nämlich die vom Jahre 1512) hiervon abweichend bestimmt hat, außer Wirksamkeit."

Der hier angezogene §. 93. des Entwurfs verwandelte sich später in den §. 94. der Notariatsordnung.

Gegen die vorstehend angezogenen Motiven stellte der Bericht

der ersten Deputation der zweiten Kammer (Beilage zur dritten Abtheilung, Bd. I. S. 254) aus:

„Wenn das Befugniß der Notare zur Errichtung von Testamenten in dem Gesetzentwurfe mit Stillschweigen übergangen worden ist, und in den Motiven S. 509 in dieser Beziehung ausdrücklich erwähnt wird, daß der Entwurf das notarielle Testament nicht als besondere Form öffentlicher Testamente kenne, woraus von selbst folge, daß zur Errichtung einer außergerichtlichen letztwilligen Verfügung, auch wenn darüber ein notarielles Protocoll aufgenommen werden solle, außer dem Notar und den Notariatszeugen die volle, zu einer solchen gesetzlich vorgeschriebene Zahl von Zeugen nöthig sei, mithin in dieselbe weder der Notar, noch die Notariatszeugen einzurechnen seien, so konnte sich die Deputation hiermit nicht einverstanden erklären. Obschon man nämlich anzuerkennen hat, daß es bedenklich erscheinen müsse, den Notaren das Befugniß zur Annahme von Testamenten in der Art einzuräumen, daß die bei denselben niedergelegten letztwilligen Verfügungen den bei Gericht deponirten gleichgestellt würden; so fand man es doch auf der anderen Seite nicht gerechtfertigt, wenn den Notaren die Mitwirkung bei Errichtung von Testamenten ganz entzogen werden sollte. Dies würde aber der Fall sein, wenn unter Aufhebung der hierunter in der Notariatsordnung von 1512 Tit. II. §. 2. enthaltenen Bestimmung, wonach der Notar, welcher übrigens zwei der Testamentszeugen als Instrumentszeugen zuziehen kann, in die Zahl der Zeugen einzurechnen ist, festgesetzt werden sollte, daß der Notar zur Beurkundung einer letztwilligen Verfügung außer den Testamentszeugen annoch zwei Instrumentszeugen oder einen zweiten Notar zuziehen müsse. Denn namentlich auf dem Lande, wo wegen Entfernung vom Sitze des Gerichtsamtes die Nothwendigkeit, ein notarielles Testament aufnehmen zu lassen, wodurch wenigstens der Beweis der vor Zeugen abgegebenen Erklärung gesichert wird, am leichtesten vorkommen kann, wird es nicht selten schon Schwierigkeit haben, außer dem Notar sechs zu Testamentszeugen geeignete Personen ohne Zeitverlust zu erlangen. Diese Schwierigkeit wird aber natürlich wesentlich erhöht, wenn der Notar künftig neun, oder doch sieben Zeugen und einen zweiten Notar zuziehen soll. Bei der Berathung des Gegenstandes in der Deputation wurden mit Rücksicht auf die erwähnte Unzuträglichkeit verschiedene Vorschläge zur Erleichterung

letztwilliger Verfügungen vor einem Notar und Zeugen zur Sprache gebracht, und man trat hierüber zuvörderst mit den Königl. Herren Commissaren in Vernehmung. Letztere erklärten jedoch, daß die Staatsregierung Bedenken tragen müsse, in dieser Beziehung irgend eine für die Dauer gültige neue Bestimmung in die Notariatsordnung aufzunehmen, weil solches ohne gleichzeitige Normirung der dabei leitenden Grundsätze des materiellen Rechts nicht ausführbar erscheine, in letzterer Beziehung aber den in das bürgerl. Gesetzbuch aufzunehmenden Vorschriften nicht vorgegriffen werden dürfe. Die Deputation hatte das Gewicht dieser Gründe anzuerkennen, und beschränkte sich auf den Wunsch, daß inmittelst wenigstens keine neue Beschränkung der Wirksamkeit der Notare eingeführt werden möge, als wozu die Herren Commissare ihre Zustimmung ertheilten. Die Deputation wird zu diesem Behufe in den Uebergangsbestimmungen einen Zusatzparagraphen in Vorschlag bringen, und hat unter diesen Umständen von einem hierauf bezüglichen Abänderungsvorschlage zu dem vorliegenden Paragraphen (dem §. 1.) abzusehen, vielmehr solchen der Kammer zur unveränderten Annahme zu empfehlen."

S. 274 lautet der Bericht weiter:

„Anlangend die im elften Capitel enthaltenen „Uebergangsbestimmungen", so muß die Deputation auf die zu §. 1. bei Erörterung des den Notaren anzuweisenden Wirkungskreises hinsichtlich der notariellen Testamente gemachten Bemerkungen zurückkommen, und erlaubt sich aus den dort bereits näher entwickelten Gründen die Einschaltung eines Zusatzparagraphen hinter §. 92. folgenden Inhalts in Vorschlag zu bringen:

> §. 92 b. Hinsichtlich der Errichtung von Testamenten vor einem Notar bewendet es noch zur Zeit bei dem bestehenden Rechte, und sind der Notar und die von demselben zugezogenen Notariatszeugen fernerhin in die Zahl der Testamentszeugen einzurechnen."

Die erste Deputation der ersten Kammer schloß sich in ihrem Berichte (Beilage zur zweiten Abtheilung S. 482) den Bedenken der ersten Deputation der zweiten Kammer allenthalben an und erklärte sich mit Einschaltung des Zusatzparagraphen 92 b. einverstanden.

In der ersten wie in der zweiten Kammer wurde der Zusatz-

paragraph ganz debattenlos genehmigt (Landtagsmittheil. K. I. S. 1073. K. II. S. 1196).

Dem bei den ständischen Verhandlungen gemachten Vorbehalte gemäß mußte von der zur Revision des Entwurfs zu dem bürgerl. Gesetzbuche bestellten Commission nothwendig in Betracht gezogen werden, ob und in welcher Maße das Notariat bei Errichtung letztwilliger Verfügungen sollte thätig werden können. Dessen erinnerte man sich denn auch, und zwar zuerst in der 208ten Sitzung. Das über dieselbe aufgenommene Protocoll sagte:

„Die hier zur Sprache gebrachte Frage, ob die Bestimmungen über gerichtlich errichtete Testamente auch auf solche, die vor einem Notar errichtet und bisher blos als außergerichtliche betrachtet wurden, anzuwenden und daher die letzteren, namentlich was die Beweiskraft der über die Erklärung des testator aufgenommenen Urkunde betrifft, auf gleiche Linie mit den ersteren zu stellen seien, beschloß man nach Absolvirung der Lehre von den außergerichtlichen Testamenten in Erwägung zu ziehen."

Zu dieser Erwägung kam man in der 209ten Sitzung. Zwar wurden wider die Zulässigkeit von Notariatstestamenten Bedenken erhoben, doch entschied sich die Majorität für dieselbe. Uebrigens enthielt das Protocoll:

„Anlangend das Verhältniß, in welchem das Notariatstestament zu dem gerichtlich und zu dem außergerichtlich errichteten stehen würde, so bemerkten die genannten Herren Commissionsmitglieder (die zur Majorität gehörigen Mitglieder), daß dasselbe in dem vom Notar auf Grund des in Gegenwart der beiden Notariatszeugen erfolgten Anbringens des testaturus aufgenommenen Protocolle, mit dessen Beendigung der Act des Testirens zum Abschluß gebracht sei, bestehe, und hieraus folge, daß dasselbe, wenn schon den außergerichtlichen beizuzählen, doch keineswegs als bloßes Privattestament zu betrachten, vielmehr die dem hohen Grade des den Notaren vom Staate geschenkten Vertrauens, in Folge dessen sogar Einträge in das Hypothekenbuch auf Grund der von ihnen gefertigten Instrumente zulässig seien, entsprechende publica fides in Anspruch zu nehmen berechtigt sei."

Gegen diese Auffassung wurde von der Minorität kein Bedenken geäußert.

Das Protocoll über die 210te Sitzung lautete, soweit es hierher gehört:

„Hiernächst empfahl N. N. folgende die Notariatstestamente betreffenden Sätze als Ausdruck und weitere Ausführung der diesfalls bereits in der letzten Sitzung gefaßten Beschlüsse zur Aufnahme in das Gesetzbuch:

1) Den in Gemäßheit der Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 ernannten Notaren steht das Recht zu, über die Errichtung letzter Willen Protocolle aufzunehmen.

2) Die Gegenwart des Notars und der Notariatszeugen, oder des statt derselben zugezogenen zweiten Notars ersetzt solchenfalls die Stelle der Testamentszeugen. Im Uebrigen finden die Vorschriften wegen außergerichtlich errichteter letzter Willen auch auf die vor Notaren errichteten Anwendung.

Nach erfolgter Besprechung beschloß die Commission, einverstanden mit der Richtigkeit dieser Sätze, neben ausdrücklicher im Gesetzbuche zu bemerkender Anerkennung der ad 1. bemerkten Errichtung noch auszusprechen, daß die in der Notariatsordnung für die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften überhaupt vorgeschriebenen Formen auch für die notarielle Testamentsaufnahme maßgebend seien, daß das Wesen notarieller Testamentserrichtung in der Aufnahme des Protocolls über die letztwillige Erklärung bestehe und daher der actus testandi mit dem Abschlusse des Protocolls beendigt sei.

Man erachtete durch diese Sätze, aus denen sich die Eigenschaft eines unter den für Notariatsgeschäfte durch die Notariatsordnung vorgeschriebenen Formen errichteten Testamentes als eines außergerichtlichen mündlichen letzten Willens ergebe, zugleich ausreichend angedeutet, daß von solchen Individuen, welche in Gemäßheit früherer gesetzlicher Bestimmungen über das Notariat zu demselben admittirt worden, aufgenommene Testamente nur als gewöhnliche Privattestamente, mithin nur unter der Voraussetzung, daß die volle Zahl der zu solchen gesetzlich erforderlichen Zeugen, unter denen ein solcher Notar selbst für einen solchen mitzähle, adhibirt werde, als zu Recht beständig zu betrachten."

Die Redactions-Deputation formulirte hierauf die Bestimmung über das Notariatstestament so, wie sie im §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs und im §. 2142. des Entwurfs zu demselben zu lesen ist. Das 74ste Redactionsprotocoll erklärte zu derselben:

„Man war darüber einverstanden, daß der hier bemerkten Kategorie von Notaren (in Gemäßheit der Notariatsordnung vom 3. Juni 1859) diejenigen gleichstehen, welche das Notariat in der diesem Amte vor Publication der Notariatsordnung zukommenden Bedeutung besessen, und nur erst in Gemäßheit der Bestimmungen der letzteren mit den zufolge derselben den Notaren zukommenden umfänglicheren Berechtigungen bekleidet worden sind, und beschloß, seiner Zeit darauf anzutragen, daß dieser Auffassung in der Ausführungsverordnung zum Gesetzbuche gedacht werde. An der beschränkten Befugniß solcher Notare, welchen die auf die Notariatsordnung sich gründenden umfänglicheren Befugnisse nicht beigelegt worden, Testamente nur mit Zuziehung von fünf, dermalen von sieben Zeugen, der Notar selbst mit inbegriffen, zu errichten, wird nichts geändert."

Die von der Redactionsdeputation vorgeschlagene Fassung des §. 2142. wurde von der Revisionscommission anstandlos genehmigt.

Die Regierungsmotiven zu dem der Ständeversammlung vorgelegten Entwurfe des bürgerl. Gesetzbuchs äußerten sich S. 894 des bei C. C: Meinhold u. Söhne erschienenen Abdruckes der specellen Motiven zu den §§. 2126. bis 2133., dem Abschnitte vom gerichtlich errichteten letzten Willen (§§. 2092. bis 2099. des bürg. Gesetzbuchs), im Allgemeinen dahin: „In diesen Paragraphen hat man sich die Aufgabe gestellt, eine Form für die gerichtlichen Testamente vorzuschreiben, welche so einfach als möglich ist. Soweit es ohne Gefahr für Diejenigen, welche gerichtlich testiren, thunlich war, hat man auch die bisherige Form, welche schon an sich nicht complicirt ist, noch gemildert." Dem zufolge schrieb der Entwurf als Form für den gerichtlichen letzten Willen nur vor, was genügend war, volle Gewißheit und Sicherheit desselben zu gewähren, unterließ es aber, daneben noch Förmlichkeiten anzuordnen, welche, durch das Sachbedürfniß nicht geboten, daher überflüssig, bei der naheliegenden Möglichkeit einer Vernachlässigung leicht den Bestand der Handlung hätten gefährden können. Die §§. 2126. bis 2133. verlangten blos, daß bei Errichtung eines gerichtlichen letzten Willens bis zum Schlusse des Actes ein mit dem Richtereide verpflichteter Beamter nebst einem Protocollführer oder, wenn das Amt des Richters und des Protocollführers in einer Person vereinigt, noch eine Urkundsperson gegenwärtig sei.

Consequenter Weise mußten die §§. 2134. bis 2142. des Entwurfs, der Abschnitt vom außergerichtlich errichteten letzten Willen (§§. 2100. bis 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs), von demselben Gedanken ausgehen. Sie thaten dies auch, wie die Regierungsmotiven S. 895 a. a. O. mit der Bemerkung zu erkennen gaben: „Die Gesetzgebung hat bei einem Institute, wie das der Testamente ist, dem Einzelnen möglichst freie Hand zu lassen und jede Art der Testamentserrichtung zu gestatten, welche nicht gerade dem Zwecke, der durch die besondere Form der Testamente erreicht werden soll, widerspricht." Wer einen letzten Willen vor einem Notar errichtet, will die Umständlichkeiten sowie sonstigen möglichen Unzuträglichkeiten vermeiden, welche aus der Zuziehung von fünf Zeugen bei dem gewöhnlichen außergerichtlichen letzten Willen entstehen können, und dieselbe Sicherheit für seine Verfügung erlangen, wie derselben die Vornahme vor Gericht gewähren würde. Letzteres erreicht er auch, indem nach den §§. 3. und 16 ff. der Notariatsordnung ein von einem jeden Notar unter Zuziehung von zwei Zeugen oder statt derselben eines zweiten Notars verfaßtes Protocoll die Kraft öffentlicher Urkunden hat. Wenn nun aber der Entwurf des bürgerl. Gesetzbuchs das Wesen des gerichtlichen letzten Willens in die volle Sicherheit desselben durch das gerichtliche Protocoll setzte, so läßt sich nicht annehmen, daß er das für einen letzten Willen dieselbe Sicherheit gewährende notarielle Protocoll dem gerichtlichen Protocolle nicht habe ganz gleich geachtet wissen wollen.

Ueber den Sinn des §. 2142. sprachen die Regierungsmotiven sich nicht im Besonderen aus, vermuthlich, weil über denselben kein Zweifel möglich zu sein schien. Nur bemerkten sie S. 896 a. a. O. zu den §§. 2134. bis 2142. beiläufig: „Das sogenannte testamentum nuncupativum in scripturam redactum hat man lediglich aus dem Gesichtspunkte eines Beweismittels aufgefaßt," und wiesen somit darauf hin, daß das Notariatstestament als eine besondere Form eines außer Gericht errichteten letzten Willens nicht zu verwechseln sei mit einem Notariatsprotocolle, welches nur die Bestimmung habe, für einen außer Gericht errichteten letzten Willen als Beweismittel zu dienen. Der Entwurf des bürgerl. Gesetzbuchs wurde der Ständeversammlung zur Annahme en bloc empfohlen. Dieselbe stellte nur einige wenige Abänderungsanträge, deren keiner den §. 2142. berührte, und ging im

Uebrigen auf den Wunsch der Regierung ein. Es hat mithin in den Kammerverhandlungen über Bedeutung und Tragweite des nurgedachten Paragraphen eine Erörterung nicht stattgefunden.

Hiernach wird es einigermaßen erklärlich, wie man vielleicht zu der im Bd. 33. S. 386 ff. besprochenen Ansicht kommen konnte, „auch dem Notar sei zwar nach §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs die Errichtung letzter Willen vor sich vollziehen zu lassen und dabei mitzuwirken nach wie vor gestattet. Jedoch seien dergleichen Verfügungen nach §. 93. der insoweit maßgebenden Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 gleichfalls an die Solennitäten der außergerichtlichen letzten Willenserklärung gebunden; nur daß der Notar und die beiden Notariatszeugen in die Zahl der Testamentszeugen mit eingerechnet werden dürften."

Man braucht hiergegen nicht erst ein besonderes Gewicht darauf zu legen, daß, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des §. 2108. ergiebt, nach der Intention der Verfasser desselben zur Form des Notariatstestamentes nur die Amtswirksamkeit des Notars unter Zuziehung von zwei Notariatszeugen oder statt derselben eines zweiten Notars erforderlich ist, da dies ja in dem Wortlaute des §. 2108. klar vorliegt, wovon man sich um so mehr überzeugt halten wird, wenn man mit demselben die Kammerverhandlungen über den §. 93. der Notariatsordnung, sowie die §§. 2100. bis 2107. des bürgerl. Gesetzbuchs vergleicht.

Nach den Kammerverhandlungen über die Notariatsordnung, welche von den Gesetzfactoren bei Entwerfung und Berathung des bürgerl. Gesetzbuchs nicht außer Betracht gelassen werden konnten, sollte der §. 93. der Notariatsordnung nur provisorisch, nur bis dahin Geltung haben, wo in dem bürgerl. Gesetzbuch über das Notariatstestament Bestimmung getroffen worden sein würde. Er weist darauf mit den Worten hin: „noch zur Zeit", und wurde auch demgemäß unter die Uebergangsbestimmungen gestellt. Der §. 2108. enthält die dem bürgerl. Gesetzbuche vorbehaltene Bestimmung über das Notariatstestament, und setzt somit den §. 93. der Notariatsordnung außer Geltung. Dies hat überdies die Verordnung vom 2. Januar 1868, die Publication des bürgerl. Gesetzbuchs betreffend, noch ausdrücklich gethan, indem durch deren §. 2. von dem Zeitpunkte an, mit welchem das bürgerl. Gesetzbuch in Kraft trat, alle bis dahin gültig gewesene Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche in dem Gesetzbuche nicht aufgenommen

oder im §. 3. nicht ausdrücklich ausgenommen worden, aufgehoben sein sollten. Diese Vorschrift trifft den im nurerwähnten §. 3. nicht ausgenommenen §. 93. der Notariatsordnung als eine Bestimmung über das Entstehen eines bürgerlichen Rechtsgeschäftes um so mehr ganz zweifellos, als die Gesetzfactoren bei der Berathung des Entwurfs der Notariatsordnung darüber mit einander einverstanden gewesen waren, daß eine Vorschrift über das Notariatstestament in die Notariatsordnung nur provisorisch aufgenommen werden könne, definitiv geordnet aber in das bürgerliche Gesetzbuch gehöre.

Der Abschnitt des letzteren von dem außergerichtlich errichteten letzten Willen handelt von den verschiedenen Formen desselben, von dem mündlich, sowie von dem schriftlich vor 5 Zeugen und von dem vor Notar errichteten letzten Willen, von den beiden ersten Formen in den §§. 2100. bis 2107. Die Lehre von dem außergerichtlich vor 5 Zeugen errichteten letzten Willen erhält ihren Abschluß mit der Vorschrift des §. 2107: „Die Handlung der Errichtung eines außergerichtlichen letzten Willens endigt bei einem mündlichen mit der Vollendung der Erklärung des Erblassers, bei einem schriftlichen mit der Unterschrift des Zeugen, welcher zuletzt unterschreibt." Der §. 2108. enthält einen in sich abgeschlossenen, selbstständigen, auf die vorausgegangenen Paragraphen weder Bezug nehmenden, noch auch nur der Beihülfe derselben zu seinem Verständnisse bedürfenden, ganz deutlichen und bestimmten Satz. Er sagt kurz und bündig, daß vor Notaren letzte Willen in den für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen errichtet werden können. Fügt er dem noch hinzu: „Die Errichtung eines solchen letzten Willens ist mit dem Abschluß des Protocolls vollendet", so macht dies um so gewisser, daß zur Errichtung eines Notariatstestamentes nichts weiter erforderlich sein soll, als die Beobachtung der im Allgemeinen für die Aufnahme von Notariatsprotocollen über Rechtsgeschäfte bestimmten Formen. Mit der Wortfassung des §. 2108. ist daher die Annahme, daß zur Errichtung eines Notariatstestamentes außer dem für Aufnahme eines Notariatsprotocolles erforderlichen Personal noch andere Personen nöthig seien, schlechterdings nicht vereinbar, denn würden außer denselben noch zwei Zeugen zugezogen, so läge darin ein Verstoß gegen die im §. 2108. für das Notariatstestament vorgeschriebene Form,

oder wenigstens ein Abweichen von derselben, indem sie nur in der Wirksamkeit des Notars und 2 Zeugen oder statt der letzteren eines zweiten Notars bestehen soll. Wäre nun aber ein solches Abweichen von der so bestimmt angeordneten Form beabsichtigt gewesen, so hätte dies müssen bestimmt ausgedrückt werden. Man hat zwar, wie bereits früher erwähnt worden, hier den §. 93. der Notariatsordnung zu Hülfe nehmen und behaupten wollen, daß nach Maßgabe desselben das Notariatstestament des §. 2108. gleichfalls an die Solennitäten des gewöhnlichen außergerichtlichen letzten Willens gebunden sei, nur daß der Notar und die beiden Notariatszeugen in die Zahl der Testamentszeugen eingerechnet werden dürften. Dabei jedoch ist außer Acht gelassen worden, daß, wie oben zu sehen war, der §. 93. der Notariatsordnung durch den §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs außer Wirksamkeit gesetzt worden ist, übrigens derselbe sich auf ein ganz anderes, als auf das durch den §. 2108. begründete Verhältniß bezieht. Er spricht nur von dem Falle eines vor 7, nicht von dem Falle eines vor 5 Zeugen, ferner nur von dem Falle eines vor Notar und zwei Notariatszeugen, nicht dagegen von dem Falle eines vor Notar unter Zuziehung eines zweiten Notars errichteten letzten Willens. Ob ein zugezogener zweiter Notar bei Zählung der Testamentszeugen für eine oder für zwei Personen zu rechnen sei, wird kaum Jemand für selbstverständlich halten. Wäre daher bei Fassung des §. 2108. die Meinung dahin gegangen, daß neben demselben in gewisser Maße und mit gewissen Modificationen der §. 93. der Notariatsordnung noch ferner gelten solle, so hätte man sich im bürgerl. Gesetzbuche darüber aussprechen müssen. Dies ist nicht geschehen. Nicht einmal die Regierungsmotiven enthalten hierüber eine Andeutung. Wohl dagegen lassen sie ersehen, daß die Absicht dahin gegangen sei, die Errichtung letzter Willen durch Vereinfachung ihrer Form und Fernhaltung müssiger Solennitäten möglichst zu erleichtern.

Besage der Bd. 33. S. 387 dieser Zeitschrift angezogenen Verordnung ist das Königl. Justizministerium ebenfalls der Ansicht, daß zur Gültigkeit eines vor dem Notar errichteten letzten Willens die Zuziehung mehrerer Zeugen als der im §. 16. Abs. 1. der Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 gedachten zwei Notariatszeugen oder eines zweiten Notars nicht erforderlich sei, obwohl nur unter der Voraussetzung, daß der Notar, welcher vom

Erblasser um die Vornahme der bezüglichen Handlung ersucht worden, zur Ausübung der Notariatspraxis in dem vollen, durch die Notariatsordnung bestimmten Umfange berechtigt sei. Dabei nimmt es Bezug auf die Protocolle der Revisionscommission, welche gerade deshalb mit oben wörtlich gegeben worden sind. Dieselben lassen allerdings ersehen, wie die Revisions-Commission zu der Zeit der Protocollaufnahmen der Meinung gewesen, daß die Errichtung eines letzten Willens nach Maßgabe des §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs nur vor Notaren zulässig sein sollte, welche nach Publication der Notariatsordnung zu ihrem Amte ernannt worden sind. Zum Gesetze jedoch wurde diese Meinung nicht erhoben, wie sich aus Folgendem ergeben dürfte.

Das bürgerl. Gesetzbuch ist mehrere Jahre nach dem Erscheinen der Notariatsordnung publicirt und erst noch später in Kraft gesetzt worden. Der Wortsinn des §. 2108. ist an sich ganz klar. Er läßt den Notaren die Mitwirkung bei Errichtung letzter Willen ganz im Allgemeinen nach, ohne einen Unterschied zwischen Notaren mit der vollen und Notaren mit der beschränkten Amtsberechtigung zu machen. Die Vorschriften der Notariatsordnung, insbesondere auch in den §§. 1. 3. und 16 — 52., gelten für alle Notare, gleichviel, ob sie vor oder nach Publication der Notariatsordnung zum Amte gelangt sind. Nur in einer Beziehung beschränkt die Notariatsordnung die Ersteren. Sie erklärt im §. 90.: „Die bis zu der Zeit, wo gegenwärtige Notariatsordnung in Kraft tritt, bereits immatriculirten Notare bleiben in amtlicher Wirksamkeit und sind zu denjenigen Amtshandlungen befugt, zu deren Vornahme gegenwärtige Notariatsordnung ermächtigt. Doch sollen sie sich noch ferner der im §. 1. des Mandats vom 1. März 1804 aufgeführten Handlungen enthalten, und leiden auch die Vorschriften der §§. 2. und 3. des nurgedachten Mandats auf sie Anwendung." Der §. 2108. giebt demnach nicht blos an und für sich, sondern auch verglichen mit der Notariatsordnung, auf die er zurückweist, einen ganz deutlichen und dabei ganz verständigen Sinn, denn da der §. 90. der Notariatsordnung die zu der Zeit, wo sie in Kraft getreten, immatriculirten Notare zu allen Amtshandlungen für befugt erklärt, zu deren Vornahme überhaupt die Notariatsordnung ermächtigt, mit alleiniger Ausnahme der im Mandate vom 1. März 1804 gedachten; so läßt sich logischer Weise kein Grund auffinden, aus welchem der §. 2108. den

vor dem Inkrafttreten der Notariatsordnung immatriculirten Notaren hätte die Errichtung eines Notariatstestamentes entziehen sollen, zumal da ein nach den Vorschriften der Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 aufgenommenes Protocoll eine viel größere Sicherheit gewährt, als ein vor der Geltung derselben aufgenommenes Notariatsprotocoll. Ist der Wortsinn eines Gesetzes klar und den Sachverhältnissen angemessen, so muß ihm Folge gegeben werden, und es fehlt durchaus an einer Berechtigung, nachzuforschen, ob die Gesetzverfasser sich vielleicht etwas Anderes gedacht haben möchten, da ja von den durch das Gesetz Verpflichteten nur das befolgt werden kann, was dasselbe für Jedermann erkennbar ausspricht. Erst dann ist ein Abweichen von der grammatischen Auslegung und die Zuhülfenahme der logischen Interpretation am Platze, wenn die Worte des Gesetzes berechtigten Zweifeln Raum verstatten, was hier nicht der Fall ist. Darum hat man keine Veranlassung, auf die Entstehungsgeschichte des §. 2108. zurückzugehen und in Betracht zu nehmen, was der Formulirung desselben vorausgegangen, was vor derselben gedacht und geäußert worden ist. Indessen kann man doch einen solchen Rückblick thun, ohne daß man dadurch zu der Annahme berechtigt wird, der §. 2108. gelte nur mit der nach der Ansicht des Königl. Justizministeriums zu supponirenden Voraussetzung. Denn dasselbe hatte zwar den Entwurf des bürgerl. Gesetzbuchs zu prüfen, bevor es ihn dem Königl. Gesammtministerium zur Vorlegung an die Ständeversammlung empfahl, und konnte auch dabei die Revisionsprotocolle einsehen, doch war dies nicht gerade nöthig, weil der Entwurf an sich klar sein und die Rechtfertigung seiner einzelnen Bestimmungen in sich selbst tragen mußte. Eben darum ist nicht vorauszusetzen, daß das Königl. Justizministerium den Entwurf vor der Mittheilung an die Kammern allenthalben mit den sehr umfänglichen Revisionsprotocollen verglichen, dadurch von den Auslassungen in der Revisions-Commission sowie der Redactions-Deputation genaue Kenntniß erhalten und auch mit denselben einverstanden gewesen sei. Bemerkenswerth ist hierbei, daß man in der Redactions-Deputation keineswegs als selbstverständlich betrachtete, daß die Errichtung eines Testamentes auf Grund des §. 2108. nur den nach dem Inkrafttreten der Notariatsordnung ernannten Notaren zustehen solle, und deshalb für nöthig hielt, seiner Zeit darauf anzutragen, daß dieser Auffassung

in der Ausführungsverordnung zum bürgerl. Gesetzbuche gedacht werde. Soweit bekannt, ist ein solcher Antrag nicht gestellt worden. Ob die Revisions-Commission sich nachmals, was nicht unwahrscheinlich, einer anderen Auffassung zuneigte, oder aus welchem Grunde sonst ein Antrag unterblieben sein könnte, ist hier gleichgültig. Denn als bedeutungsvoll und entscheidend stellt sich jedenfalls dar, daß weder die Verordnung zur Publication des bürgerl. Gesetzbuchs noch die Verordnung zur Ein- und Ausführung desselben eine Erläuterung enthält, wie sie die Redactions-Deputation für wünschenswerth angesehen hatte. Um so sicherer steht hiernach anzunehmen, daß die Regierung bei Mittheilung des Entwurfs des bürgerl. Gesetzbuchs an die Kammern den §. 2108. nicht anders, als nach seinem klaren Wortsinne hat verstanden wissen wollen. Dafür sprechen denn auch die Regierungsmotiven, indem sie nicht im Entferntesten ahnen lassen, daß der §. 2108. nicht die Notare im Allgemeinen, sondern nur einen Theil derselben treffen solle. Die Kammern konnten den Paragraphen in keinem anderen als dem Sinne auffassen, welcher sich aus dem Wortausdrucke ergab. Sie haben den Paragraphen genehmigt, ohne daß vorher eine Discussion über denselben stattgefunden hatte. Unverkennbar liegt hiernach Einverständniß der Gesetzfactoren darüber vor, daß er nach seinem Wortsinne zur Anwendung kommen sollte. Darauf, daß dies geschehe, haben die Staatsangehörigen durch den Act der Publication und Inkraftsetzung des bürgerl. Gesetzbuchs einen wohlbegründeten Anspruch erlangt. Auch die vor Publication der Notariatsordnung immatriculirten Notare mußten des Glaubens sein, daß vor ihnen die Errichtung eines letzten Willens nach Maßgabe des §. 2108. geschehen könne. Wäre die entgegengesetzte Ansicht richtig, so würde dies die Ungültigkeit vielleicht manches vor ihnen ausgesprochenen letzten Willens zur Folge haben. Deshalb ist die hier erörterte Frage nicht ohne möglicher Weise bedeutendes practisches Interesse.

VII.

Das Verfahren beim Widerspruche des Staatsanwalts gegen Haftentlassungen.

Von Herrn Geh. Justizrath Reidhardt, Bezirksgerichtsdirector in Dresden.

Art. 86. der revid. Strafproceßordnung, welcher von der Fristbestimmung bei Rechtsmitteln handelt, enthält in Uebereinstimmung mit der Strafproceßordnung von 1855 in Absatz 1. die Vorschrift, daß Nichtigkeitsbeschwerde, Berufung und Einspruch an eine zehntägige Frist gebunden sind und aufschiebende Wirkung haben, in Abs. 2. die Vorschrift, daß die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat und an keine Frist gebunden ist, und verweist in Absatz 3. in Parenthese mit den Worten: „vergl. jedoch noch" auf mehrere spätere Artikel.

Die ganze Fassung des Art. 86., insbesondere die Eingangsworte von Abs. 3. deuten darauf hin, daß dieser letzte Absatz Ausnahmen von den vorhergehenden Bestimmungen im Auge habe, und zwar, da in den verwiesenen Artikeln von der Nichtigkeitsbeschwerde, der Berufung und dem Einspruche nicht die Rede ist, Ausnahmen von der Bestimmung in Abs. 2., wornach die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, bez. an keine Frist gebunden ist.

Ebenso spricht die Verbindung von Abs. 3. mit den vorhergehenden Absätzen dafür, daß in den verwiesenen Artikeln von

Rechtsmitteln, und zwar nach dem Vorerwähnten von dem Rechtsmittel der Beschwerde die Rede ist.

Die in Abs. 3. bezogenen Artikel sind Art. 136. Abs. 6., Art. 142. Abs. 3., Art. 208. Abs. 1., Art. 417. der Strafproceßordnung.

1) Art. 136., welcher von den Mitteln der Gestellung eines Angeklagten handelt, zählt in Abs. 1. diese Mittel auf, bestimmt in Abs. 2. die Aufhebung der Maßregel der Gestellung, ferner in Abs. 3. die Einholung der Zustimmung des Staatsanwalts zu solcher Aufhebung, in Abs. 4. die eintägige Frist, nach deren Ablauf die Zustimmung des Staatsanwalts angenommen wird, in Abs. 5. die Fälle, in denen eine Zustimmung des Staatsanwalts nicht nöthig ist, und enthält in dem bezogenen Abs. 6. die Worte: Der Widerspruch des Staatsanwalts hat aufschiebende Wirkung.

2) Art. 142., Erörterungen an Ort und Stelle betr., giebt dem Untersuchungsrichter in Abs. 1. das Befugniß, die Ortseinwohner bis zu ihrer Abhörung zu confiniren, droht in Abs. 2. den Zuwiderhandelnden Gefängniß- oder Geldstrafe an, und disponirt in dem bezogenen Abs. 3.: Gegen die Auferlegung der Strafe kann Beschwerde eingewendet werden, welcher aufschiebende Kraft beizulegen ist.

3) Art. 208. — nebst früheren Artikeln die Beschlagnahme von Papieren betr. — enthält in dem bezogenen Abs. 1. die Bestimmung: Widerspricht der Eigenthümer oder dessen Stellvertreter der Durchsicht der Papiere, so sind diese, dafern nicht Gefahr im Verzuge, bis zur Beseitigung des Widerspruchs —— in Verwahrung zu nehmen.

4) Art. 417. endlich — Vollstreckung geschärfter Gefängnißstrafen betr. — verfügt: Gegen die Entschließung des vollstreckenden Richters — Gefängnißstrafe nach Art. 25. des Strafgesetzbuchs zu schärfen und zu kürzen — kann der Betheiligte Beschwerde erheben. Dieselbe hat aufschiebende Wirkung.

Es ergiebt sich sonach, daß im Art. 142. und 417. der Ausdruck „Beschwerde", im Art. 136. und 208. der Ausdruck „Widerspruch" gebraucht ist. Daß der im letzteren Art. 208. gebrauchte Ausdruck „Widerspruch" in seiner processualen Behandlung gleichbedeutend mit „Beschwerde" sei und von der nächst höheren Instanz

des die Beschlagnahme von Papieren verfügenden Untersuchungsrichters erledigt werden müsse, dürfte kaum einem Zweifel unterliegen.

Es fragt sich mithin nur, welche Bedeutung das Wort „Widerspruch" im Art. 136. habe und durch wen derselbe zu erledigen sei.

Selbstverständlich kann hierbei nach dem Zusammenhange des letzteren Artikels nur das Stadium nach eingeleiteter Untersuchung, bez. nach unmittelbarer Vorladung eines Angeklagten zur Hauptverhandlung in Betracht kommen, da für die gerichtliche Polizei, für die gerichtspolizeilichen Vorerörterungen der Instanzenzug in Art. 75 a. Abs. 4. der revid. Strafproceßordnung vorgeschrieben ist und besondere Zweifel hier nicht wohl entstehen können.

Faßt man die Ausnahmebestimmung in Art. 86. Abs. 3., worin die bezogenen Artikel als etwas Gleichmäßiges behandelt zu werden scheinen, die wirkliche Gleichmäßigkeit in den oben ausgehobenen vier Artikeln, wornach die theils als Beschwerde, theils als Widerspruch bezeichneten Einwendungen aufschiebende Wirkung haben, die kaum zu bezweifelnde Identität der Ausdrücke Beschwerde und Widerspruch in den Art. 142. 208. und 417. zusammen, so kann man darin eine Veranlassung finden, auch den im Art. 136. gebrauchten Ausdruck „Widerspruch des Staatsanwalts" als eine Beschwerde des Staatsanwalts gegen einen Haftentlassungsbeschluß des Untersuchungsrichters aufzufassen, bei der noch die weitere in Abs. 2. und 3. des Art. 86. angedeutete Ausnahme von den Anordnungen bezüglich der Beschwerde hinzutreten würde, daß sie an eine — eintägige — Frist gebunden ist.

Da nach dem Wortlaute des Art. 136. der Widerspruch des Staatsanwalts gegen einen Haftentlassungsbeschluß des Untersuchungsrichters nur aufschiebende Wirkung haben soll, so könnte daraus weiter gefolgert werden, daß dieser Beschluß durch jenen Widerspruch nicht aufgehoben, sondern nur in seiner Ausführung so lange suspendirt werden soll, bis er in zweiter Instanz, wie jede andere richterliche Entschließung oder Entscheidung, entweder durch Verwerfung der dagegen erhobenen Einwendung bestätigt, oder durch Anerkennung der Begründung der Einwendung aufgehoben wird. Es ist aber wohl unbestritten, daß über einen Beschluß des Untersuchungsrichters im Falle der Anfechtung nach

Art. 98. der Strafproceßordnung nur das Bezirksgericht, bez. bei weiterer Anfechtung das Oberappellationsgericht zu entscheiden hat. Es tritt dasselbe Verfahren ein, wie bei jedem anderen Antrage oder jedem anderen Rechtsmittel des Staatsanwalts, z. B. der Beschwerde gegen Nichteinleitung einer beantragten Voruntersuchung.

Endlich läßt sich nicht präsumiren, daß der Gesetzgeber bei aller Vorliebe für die Staatsanwaltschaft die Entlassung der Verhafteten nur den Vertretern der Anklage habe anheimgeben, die Verhafteten insoweit gewissermaßen rechtlos machen wollen.

Aus diesen Erwägungen sollten anscheinend folgende Sätze resultiren:

a) Der Widerspruch des Staatsanwalts gegen einen Haftentlassungsbeschluß des Untersuchungsrichters ist eine Beschwerde gegen diesen Beschluß.

b) Auf dieses Rechtsmittel hat, dafern der Untersuchungsrichter aus den vorstellig gemachten Gründen des Widerspruchs seinen Beschluß nicht zurückzieht, das Bezirksgericht und, wenn der Staatsanwalt auch hiergegen Widerspruch, also Beschwerde erhebt, das Oberappellationsgericht nach Art. 98. der revidirten Strafproceßordnung endgültig zu entscheiden, und entweder unter Verwerfung des Widerspruchs die Haftentlassung zu verfügen oder den Beschluß des Untersuchungsrichters aufzuheben.

c) Bis dahin ist die beschlossene Haftentlassung aufgeschoben (Art. 136. Abs. 6.).

Diese Folgerungen und Interpretationen beruhen aber nach Entscheidungen des Oberappellationsgerichts auf einer unrichtigen Auffassung. Die eine Entscheidung ist in der allgem. Gerichtszeitung von 1868 S. 176 abgedruckt, die andere kürzlich ergangen. In beiden Fällen war der Widerspruch des Staatsanwalts gegen den Haftentlassungsbeschluß des Untersuchungsrichters vom Bezirksgerichte nach der obigen Auffassung als unbegründet verworfen worden, und nur der Unterschied waltete ob, daß in dem früheren Falle der Verhaftete gegen den Widerspruch des Staatsanwalts Beschwerde erhoben hatte. Auf eingewendete Beschwerde des Staatsanwalts hat das Oberappellationsgericht die Entschließung des Bezirksgerichts außer Wirksamkeit gesetzt und dies im Wesentlichen wie folgt begründet.

Ein staatsanwaltschaftlicher Widerspruch gegen eine gerichts-

seits beschlossene Haftentlassung könne dem Untersuchungsrichter niemals zur Beschwerde gereichen, und weder dem Letzteren, noch dem Bezirksgerichte stehe die Entscheidung der Frage zu, ob ein solcher Widerspruch Berechtigung habe oder nicht. Nur der Inhaftat selbst könne sich durch einen derartigen Widerspruch gravirt erachten und dagegen eine Beschwerde erheben, und lediglich der Generalstaatsanwalt sei zur Cognition über letztere competent.

Aus diesen Entscheidungen ergeben sich folgende Sätze:

A) Der Widerspruch des Staatsanwalts gegen einen Haftentlassungsbeschluß des Untersuchungsrichters (Art. 136. Abs. 6. verb. mit Art. 86. Abs. 3.) ist nicht Rechtsmittel, sondern hauptsächliche, nur nach Befinden von dem Verhafteten anzufechtende Entschließung, worüber solchenfalls der Generalstaatsanwalt, bez. das Justizministerium cognoscirt.

B) Der Beschluß des Untersuchungsrichters auf Entlassung eines Verhafteten (Art. 136. Abs. 3.) ist nur ein Vorschlag und wird beim Widerspruche des Staatsanwalts hinfällig.

C) Der Widerspruch des Staatsanwalts (Art. 136. Abs. 6.) hat nicht aufschiebende, sondern aufhebende Wirkung.

D) Die Entlassung eines in einer bezirksgerichtlichen Untersuchung Verhafteten hängt — außer im Falle einer Einstellung der Untersuchung oder Freisprechung des Angeklagten — ausschließlich von der Discretion des Anklageamts in seinem in Art. 24. normirten Instanzenzuge ab, und keine Entscheidung eines unteren oder oberen Gerichtshofs kann die Entlassung bewirken. —

Präjudizien.

155.

Die übereinstimmenden, wenn auch nicht allenthalben speciell motivirten Gutachten der Sachverständigen (Experten) haben die Unterlage für die Entscheidung zu bilden, wenn dem erkennenden Richter nicht besonderer Anlaß zu Zweifeln in den Acten gegeben ist.

„Wenn man bezüglich der beim 5ten Klagpunkte geforderten 36 Thlr., in Betreff welcher in zweiter Instanz der Beweis des Widerklägers für verfehlt erachtet worden ist, auf des Letzteren 2te Beschwerde Bl. — Vol. II. das Erkenntniß der ersten Instanz wieder hergestellt hat, so beruht dies auf folgenden Erwägungen:

Die zweite Instanz geht davon aus, daß das von den Sachverständigen Schn. und Gn. zum 35sten bis 37sten bez. 38sten Beweisartikel Bl. — Fasc. 178. II. resp. Bl. — Fasc. I. 7892. im Beisein der Parteien abgegebene Gutachten nicht motivirt sei, und deshalb eine genügende Unterlage für die Entscheidung des Richters nicht darbiete. Diesem Grunde hat man nicht beitreten können, denn einerseits bietet in der That der von den genannten Sachverständigen, von Schn. sogar mit besonderem Nachdruck, bestätigte Inhalt des 37sten Beweisartikels Bl. — Vol. I. eine Motivirung der Behauptung dar, daß der Schaden, den Widerkläger durch die Entbehrung der fraglichen Zugochsen erlitten, mindestens auf so hoch, als er hier veranschlagt worden, nämlich $1^1/_2$ Thlr. täglich für ein Paar Zugochsen, anzuschlagen sei, andererseits muß man annehmen, daß die Sachverständigen, welche selbst Landwirthe sind, die betreffenden Artikel nicht so bestimmt und unbedingt, wie sie gethan, bestätigt haben würden, wenn sie nicht für diese ihre gutachtlichen Aussprüche die gewichtigsten Motive gehabt hätten. Die Acten geben in dieser Beziehung dem erkennenden Richter keinen besonderen Anlaß zu Zweifeln,

und Widerbeklagte selbst haben gegen das übereinstimmende Gutachten jener Sachverständigen nirgends auch nur die geringsten Ausstellungen erhoben. Die Bl. — Vol. II. von der vorigen Instanz angezogenen, im 15ten und 17ten Bande der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. abgedruckten Präjudizien, denen man noch verschiedene andere anreihen kann,

vergl. z. B. dieselbe Zeitschrift, N. F. Bd. 23. S. 258 ff. Nr. 69. — Bd. 25. S. 134 ff. Nr. 51. — Bd. 28. S. 55 f. Nr. 23.

stehen in keiner Weise entgegen, denn diese Präjudizien beziehen sich insgesammt auf den Fall, wenn unter den Sachverständigen (Experten) Meinungsverschiedenheiten hervorgetreten waren; sie sprechen sogar dem Richter die Berechtigung ab, die innere Glaubwürdigkeit der von einander abweichenden Gutachten nach den Regeln der Kunst und Wissenschaft oder des Gewerbes, auf dem sie beruhen oder beruhen sollen, zu prüfen und sich darüber auszusprechen, welches von diesen Gutachten wegen seiner besseren Begründung vor den übrigen den Vorzug verdiene; nur in solchen Punkten, welche blos nach den Grundsätzen der Logik und des Proceßrechtes beurtheilt werden müssen, räumen sie dem erkennenden Richter die Befugniß ein, dieselben selbst zu beantworten, und gestatten sie ihm, bei Prüfung und Abwägung der verschiedenen Gutachten auf die Frage einzugehen, ob das Gutachten des Einzelnen überhaupt mit Gründen unterstützt, oder ob es ohne alle Motivirung abgegeben sei. Ein solcher Fall liegt aber gegenwärtig nicht vor, da hier unter den gehörten Sachverständigen irgend eine Meinungsverschiedenheit nicht hervorgetreten ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Starke's ÷ Israel und Cons., vom 14. Dec. 1867. — Ger.-Amt Wurzen.)

156.

Der von der Ehefrau für den Ehemann geschehenen Verbürgung ist rechtliche Wirksamkeit nicht abzusprechen, wenn auch in dem über dieselbe niedergeschriebenen Protocolle die nach §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuchs erforderliche Belehrung nicht gerade mit den Worten: die Ehefrau sei über den Vermögensverlust, den sie sich durch die Verbürgung zuziehen könne, belehrt worden, sondern mit anderen gleichbedeutenden Worten Verlautbarung gefunden hat.

„In beiden vorigen Instanzen hat man geglaubt, die Bl. — erhobene Executivklage um deswillen in der angebrachten Maße abweisen zu müssen, weil die der Beklagten nach dem Protocolle Bl. — (Urkunde B.) zu Theil gewordene amtliche Belehrung der Formvorschrift in §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuchs nicht entspreche. Mit dieser Ansicht hat das Königl. Oberappellationsgericht sich keineswegs einverstanden erklären können.

Allerdings besagt der angezogene §. des bürgerl. Gesetzbuchs, daß jedes Rechtsgeschäft, durch welches eine Ehefrau sich für den Ehemann verpflichte — und zu Rechtsgeschäften dieser Art zählt zweifellos die Verbürgung — nichtig sei, ausgenommen, wenn sie dasselbe mit Einwilligung des Ehemannes vor Gericht vornehme, und dieses die Ehefrau vorher in Abwesenheit des Ehemannes über den Vermögensverlust, welchen sie sich dadurch zuziehen könne, belehrt habe.

Es ist auch zuzugeben, daß das Protocoll Bl. —, welches übrigens, wie das darunter befindliche Siegel lehrt, von dem nach der Vorschrift in §. 17. der Verordnung, die Ein- und Ausführung des bürgerl. Gesetzbuchs betreffend, vom 9. Januar 1865 zuständigen Gerichte herrührt, nicht dahin lautet, es habe die Beklagte vor der Verbürgung in Abwesenheit des Ehemannes über den Vermögensverlust, welchen sie sich dadurch zuziehen könne, Belehrung erhalten, sondern vielmehr dahin, es habe Beklagte die schon vorher ausgesprochene Bürgschaftserklärung nach dem Abtreten ihres Ehemannes wiederholt,

„nachdem sie Gerichtswegen über die ihr möglicher Weise hieraus erwachsenden Rechtsnachtheile belehrt worden."

Allein aus diesem letzteren Umstande folgt noch nicht, daß die von der Beklagten geschehene Verbürgung für rechtlich unwirksam zu halten wäre.

Denn zuvörderst berechtigt die Fassung von §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuches in keiner Weise zu der Annahme, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hätte, auszusprechen, jede Verbürgung einer Ehefrau für den Ehemann sei ungültig, wenn nicht die vorgeschriebene Belehrung in dem über die Verbürgung niedergeschriebenen Protocolle gerade mit den Worten: die Ehefrau sei über den Vermögensverlust, welchen sie sich durch die Verbürgung zuziehen könne, belehrt worden, Verlautbarung gefunden. Es muß daher in dem Protocolle auch der Gebrauch anderer, gleichbedeutender Worte statthaft erscheinen, wenn solche nur deutlich erkennen lassen, daß der Vorschrift des Gesetzes, wonach die Ehefrau vor der Verbürgung in Abwesenheit des Ehemannes über den damit möglicher Weise verbundenen Vermögensverlust d. h. über die nachtheiligen Folgen, welche die Verbürgung möglicher Weise für ihr Vermögen mit sich bringen könne, belehrt werden soll, Genüge geschehen.

Es möge nun ganz dahingestellt bleiben, ob überhaupt Rechtsnachtheile denkbar seien, mit welchen nicht mehr oder weniger die Gefahr eines Vermögensverlusts verbunden wäre. Jedenfalls wird man soviel zugeben müssen, daß wenigstens von einer Verbürgung andere Rechtsnachtheile als solche, welche auf Vermögensnachtheile zurückzuführen sind, sich nicht wohl denken lassen, indem die Rechtsnachtheile, welche eine Verbürgung mit sich bringt, eben darin bestehen, daß der Bürge Gefahr läuft, eine fremde Schuld aus eigenen

Mitteln bezahlen zu müssen und zwar möglicher Weise ohne Aussicht, von dem Hauptschuldner das für denselben Bezahlte wieder zu erlangen.

Ist daher laut der Klagbeilage B. Bl. — Beklagte vor der Bürgschaftserklärung durch das zuständige Gericht nach einstweiligem Abtreten ihres Ehemannes über die ihr aus der Verbürgung möglicher Weise erwachsenden Rechtsnachtheile unterrichtet worden, so muß nothwendig vorausgesetzt werden, daß die Belehrung sich eben auf die mit einer Verbürgung möglicher Weise verbundenen Vermögensnachtheile oder Vermögensverluste bezogen habe.

Hierzu kommt aber noch, daß das Protocoll B. Bl. — deutlich erkennen läßt, wie dessen Verfasser sich der Vorschrift in §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuchs wohl bewußt gewesen und in der That Handlungen vorgenommen habe, welche augenscheinlich darauf berechnet waren, jener Vorschrift Genüge zu leisten, daß daher, wie letzteres in der gesetzlich angeordneten Weise geschehen sein werde, kraft der für die Legalität gerichtlicher Acte sprechenden Präsumtion bis zum Nachweise des Gegentheils füglich vorausgesetzt werden darf.

Vergl. Annalen des Ober-Appellationsgerichts, Bd. 4. S. 154 f.*)

Nach alledem und da der Einwand der Beklagten Bl. — unter 2. schon Bl. — ausreichende Widerlegung gefunden, da ferner aus den der Klage untergelegten Urkunden, welche, soweit sie einer Recognition überhaupt bedurft, in Ermangelung einer Erklärung darüber für anerkannt zu achten sind, die Richtigkeit der geklagten Forderung in ihrem ganzen Umfange erhellt, da endlich die unter der Vollmacht Bl. — ersichtlichen Zeugnisse Bl. — deutlich erkennen lassen, daß die als Kläger aufgetretenen drei Personen wirklich die alleinigen Inhaber der Firma Burlage & Schumacher sind, erschien es völlig unbedenklich, die früheren Erkenntnisse unter Berücksichtigung der Beschwerden der Kläger Bl. — abzuändern und die Beklagte in Gemäßheit der Klagbitte zu verurtheilen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Inhaber der Firma Burlage & Schumacher ÷ die verehel. Unger, vom 16. Dec. 1869.**) — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Eibenstock.)

157.

Verzug des Verwahrers in Zurückgabe der hinterlegten Sache (zu §§. 1260 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs). — Nachweisung der erfolgten Abtretung (zu §. 974. dess. Gesetzbuchs).

„Kläger fordert als der durch das in den vorigen Instanzen mit Recht für anerkannt geachtete Document C. Bl. — legitimirte Cessionar

*) Siehe diese Zeitschrift, N. F. Bd. 22. S. 157. Nr. 50.

**) In IV. Instanz bestätigt durch Urthel vom 5. März 1870.

Carl Gottschald's auf Grund der Bl. — anerkannten Urkunde A. Bl. —, verbunden mit der sub B. Bl. —, Zurückgabe der von dem genannten Cedenten den Beklagten am 22. Mai 1868 zur Aufbewahrung übergebenen Summe von 200 Thlrn. sammt Verzugszinsen von Zeit der erhobenen Klage an gerechnet. Der Grund der Forderung beruht also — auch die Parteien sind hierüber einverstanden — auf einem Hinterlegungsvertrage (Depositum), für welchen die Vorschriften in §§. 1260 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs maßgebend sind. Nach diesen aber kann der Hinterleger die hinterlegte Sache zu jeder Zeit zurückfordern (§. 1267.) und der Verwahrer hat bezüglich der Zurückgabe nicht einmal ein tempus modicum zu beanspruchen.

Vergl. Siebenhaars Commentar (ed. II.) Bd. 2. S. 301.

Somit kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Verwahrer, welcher der Aufforderung des Hinterlegers zur Zurückgabe nicht alsbald nachkommt, durch diese Säumniß in Verzug geräth und deshalb zur Entrichtung von Verzugszinsen gehalten ist. Nun hat im gegenwärtigen Falle Kläger durch Anstellung der Klage von jenem Rückforderungsrechte Gebrauch gemacht, und es liegt auf der Hand, daß Beklagte durch die Insinuation der Ladung auf diese Klage und der derselben abschriftlich beigegebenen Urkunden A. B. C. in Verzug gesetzt wurden, denn nun waren sie von der erfolgten Abtretung der Forderung an den Kläger durch das Proceßgericht benachrichtigt (§. 974. des bürgerl. Gesetzbuchs). Wollte man aber auch annehmen, daß sie immer noch berechtigt gewesen sein würden, vorerst von dem Kläger als dem neuen Gläubiger noch eine Nachweisung der an ihn bewirkten Abtretung zu verlangen, so hätten sie, um den Verzug von sich abzuwenden, mit diesem Verlangen ungesäumt nach Insinuation der Klage hervortreten sollen. Sie haben aber darauf, daß sie solches gethan, nirgends Bezug genommen. Demnach sind sie in voriger Instanz mit Recht allenthalben dem Klaggesuche gemäß verurtheilt worden."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Ackermann's ex jure cesso Gottschald's ÷ die Inhaber der Firma Oscar Schimmel u. Comp., vom 16. Dec. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Chemnitz.)

158.

Zur Frage über die Gültigkeit eheweiblicher Verbürgungen (zu §§. 1650—1653. des bürgerl. Gesetzbuchs).

„Die Bestimmungen in §§. 1650 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs haben den Zweck, die Ehefrauen in den Vermögensnachtheilen, welche denselben aus der Uebernahme von Schuldverbindlichkeiten für ihre Ehemänner entstehen würden, dadurch sicher zu stellen, daß man die Gültigkeit derartiger Interceſſionen oder der denselben gleichzuachtenden Rechtsgeschäfte (§§. 1651. u. 1652.) an die in §. 1650. vorgeschriebene Form geknüpft hat. Zu dem Ende bestimmt das Gesetz in

§. 1652. namentlich auch, daß die Ehefrau, wenn sie ohne Beobachtung dieser Form gemeinschaftlich mit dem Ehemanne einem Dritten gegenüber ein Gesammtschuldverhältniß in einem Falle eingegangen ist, aus welchem sie an und für sich nur antheilig zu haften haben würde, höchstens nur pro rata zu haften habe; und selbst diese Haftung fällt nach §. 1651. dann weg, wenn sie nachzuweisen vermag, daß selbst unter der Uebernahme der nur antheiligen Haftung dem Wesen der Sache nach eine dem Gläubiger bekannt gewesene Verbürgung für den Mann versteckt gewesen sei.

Vergl. B. Schmidt, Vorlesungen über das im Königr. Sachsen geltende Privatrecht, Bd. II. §. 152. unter e. S. 56.

Daß hier ein Fall der zuletzt gedachten Art vorliegt, ist von dem Widerbeklagten eingeräumt worden. Die in der Bl. — abschriftlich zu lesenden, der Convention zu Grunde liegenden Urkunde verschriebenen 400 Thlr. sind nach dem Zugeständnisse in pct. lit. cont. 8. 14. und 16. bis dahin eine Schuld des Ehemannes der Widerklägerin, und zwar desselben allein, gewesen. Die Ehefrau ist erst durch Mitvollziehung dieser Urkunde, bez. durch die bei dieser Gelegenheit abgegebenen Erklärungen, in das ihr an sich fremde Schuldverhältniß eingetreten. Ob dies, wie die Widerklägerin bei pct. lit. cont. 12. behauptet, von dem Widerbeklagten zu der Bedingung der Gewährung einer von dem Hauptschuldner erbetenen Gestundung gemacht worden, oder ob sich, wie Widerbeklagter in den Anmerkungen zu pct. lit. cont. 21. und 28. anführt, die Widerklägerin freiwillig dazu erboten, ist für das Wesen der Sache völlig irrelevant. Ebenso irrelevant ist es, ob, wie der Widerbeklagte in der Anmerkung zu pct. lit. cont. 29—34. anführt, für die Widerklägerin bei Gelegenheit dieser Uebernahme einer ihr an sich fremden Schuld ihres Ehemannes die Vereinnahmung eines Erbtheiles in Aussicht gestanden und dieselbe erklärt habe, die Zahlung von diesem, ihrem Ehemanne zu inferirenden Erbtheile leisten zu wollen. Sofern hierin die dem Ehemanne ertheilte Zusage der Illation zu finden sein sollte, würde daraus möglicher Weise dieser letztere ein Klagrecht wider die Promittentin ableiten können. Das angeblich einem Dritten in Bezug auf eine Schuld des Ehemannes ertheilte Versprechen fällt dagegen offenbar selbst wieder unter die Bestimmung in §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuchs, und ist daher ohne die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form ungültig und wirkungslos.

Anlangend endlich die Vorschrift in §. 1653. des bürgerl. Gesetzbuchs, so treten folgende Erwägungen ein.

Das Gesetz geht davon aus, daß an und für sich schon in dem Versprechen, für einen Dritten, den Hauptschuldner, eintretenden Falles Zahlung leisten zu wollen, und somit schon an sich in jeder Intercession ein Vermögensnachtheil liege. Dieser letztere ist hiernach nicht etwa erst darin, daß der Intercedent wirklich genöthigt wird, für den Hauptschuldner zahlen zu müssen, sondern principiell schon

darin zu finden, daß auf das Vermögen des Intercedenten eine daſſelbe vinculirende und ſelbiges deshalb in ſeinem rechtlichen Beſtande nothwendiger Weiſe abmindernde Schuldverbindlichkeit übernommen wird. Indem daher das Geſetz jedes Rechtsgeſchäft, durch welches eine Ehefrau ſich für den Ehemann in formloſer Weiſe verpflichtet, für nichtig erklärt, ſpricht daſſelbe aus, daß es ſchon dieſem Vermögensnachtheile die Wirkung beilege, daß ſich eine Ehefrau demſelben nicht mit rechtlichem Erfolge unterwerfen könne, ohne die geſetzlich vorgeſchriebene Form zu beobachten. Wenn nun §. 1653. weiter beſtimmt, daß es der mehrgedachten Form ausnahmsweiſe dann nicht bedürfen ſolle, wenn die Ehefrau durch die Verpflichtung für ihren Ehemann nichts von ihrem Vermögen verliere, oder wenn ſie Vermögensvortheile dadurch erlange, ſo kann damit nichts Anderes haben beſtimmt werden ſollen und iſt in der That nichts Anderes beſtimmt worden, als daß dieſe rechtliche Beſchränkung dann wegzufallen habe, wenn das Rechtsgeſchäft des Ehemannes, für welches die Ehefrau intercedirt, ein an und für ſich für die Letztere lucratives, oder doch wenigſtens nicht oneroſes iſt. Ein Fall dieſer Art würde z. B. dann vorliegen, wenn die neue Schuld lediglich zu Deckung einer älteren Schuld der Ehefrau aufgenommen worden wäre, oder wenn die Frau ſelbſt oder beide Ehegatten ſolidariſch dem Dritten die betreffende Summe geſchuldet hätten, die Bezahlung aber in der deshalb ausgeſtellten Urkunde in der Weiſe verſprochen worden wäre, daß der Ehemann ſich als Hauptſchuldner bekannt, die Ehefrau aber für ſelbigen ſich verbürgt hätte. Denn in einem Falle dieſer Art iſt das Rechtsgeſchäft ſelbſt, welches der als Hauptſchuldner eintretende Ehemann eingeht, ein für die Ehefrau, die Bürgin, wo nicht vortheilhaftes, doch jedenfalls nicht nachtheiliges. Dagegen iſt für die Beurtheilung des bezüglichen Vermögenswerthes der von dem Hauptſchuldner eingegangenen, durch die Interceſſion des Bürgen ſicher geſtellten Verpflichtung die Frage, ob der Regreß des Bürgen an den Hauptſchuldner ein gewieriges Reſultat haben werde, oder unter Umſtänden würde haben können, ſelbſtverſtändlich ohne allen Einfluß."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Steinhäuſer ÷ Steinhäuſer, vom 16. Dec. 1869. — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Plauen.)

159.

Das unter dem Namen einer „Conventionalſtrafe" bedungene interesse morae hat im Concurſe des Schuldners nur als Zinsanſpruch Berückſichtigung zu finden.

„Zunächſt iſt zu conſtatiren, daß Beklagter ſeine urſprünglich auf gänzliche Ausſchließung Klägers wegen der Bl. — bezeichneten angeblichen Wechſelforderung von gegenwärtigem Creditweſen und auf Erſtattung der Inſtanzkoſten Bl. — gerichtete Appellation in der Deductionsſchrift Bl. — conform der ebenmäßigen Reſtriction der auf

gänzliche Ausschließung dieser Forderung gerichteten Appellation Bl. — in der Deduction Bl. — sub 2. dahin restringirt hat, daß jene Forderung nur als Zinsforderung zu behandeln gewesen wäre.

Diesem Antrage war nach der Ansicht des Königl. Oberappellationsgerichts in der im Urthel ersichtlichen Maße zu deferiren.

Anlangend zunächst den gegen das Ende der Deductionsschrift berührten formellen Punkt der Statthaftigkeit des Rechtsmittels Seiten des Beklagten, so kann Man die Frage, ob, wenn es sich um eine wirkliche Prioritätsfrage handelte, Beklagter als durch die Bestimmungen in §§. 10. und 13. des Gesetzes vom 8. Juli 1868 ermächtigt gelten könnte, sich in diese Frage weiter als im ersten Verfahren zu immisciren, und insbesondere gegen den Ordnungsbescheid zu remediren, theils wegen der Rechtskraft des Urthels Bl. — gegen Klägern, theils um deswillen dahingestellt sein lassen, weil es sich im concreten Falle nicht um eine eigentliche Prioritätsfrage, ob nämlich die angemeldete Stammforderung als solche, oder nur als Zinsforderung zu gelten habe? handelt, bei deren Beantwortung im Sinne des Beklagten die weitere formelle Behandlung dieser Forderung aus den Gesetzen folgt.

Daß es sich aber nach der Darlegung Bl. — Fasc. 43. nicht, wie Kläger will, um einen Wechselhauptstamm, sondern um Zinsen handle, wie Beklagter erinnert, erscheint dem Königl. Oberappellationsgerichte nicht zweifelhaft.

Denn die Bl. — angezogenen Schriftsteller

Hommel, Rhaps. Obs. 548.

Günther, Concurs S. 121.

handeln nicht von solchen Conventionalstrafen, welche wegen verspäteter Leistung von Fungibilien, insbesondere Zahlung von Geldsummen, als interesse morae bedungen worden sind, da dergleichen zu ihrer Zeit, insofern sie den gesetzlichen Zinsfuß überstiegen, ungültig waren.

Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1848. S. 265 f.

Daß derartige Verträge dermalen gültig sind, kann an deren rechtlicher Natur Etwas nicht ändern, und da die Stipulation Bl. — zweifelsohne lediglich den Zweck hat, eine Leistung auszubedingen, welche der Cridar als Schuldner einer Summe Geldes für die dem Kläger als Gläubigern entzogene Benutzung derselben nach Verhältniß des Schuldbetrages und der Zeitdauer der Benutzung zu gewähren hat, eine solche Leistung aber in §. 673. des bürgerl. Gesetzbuchs mit klaren Worten als „Zinsen" definirt wird, so kann auch ungeachtet des Namens „Conventionalstrafe" der betreffende Anspruch nur als ein Zinsanspruch (interesse morae) gelten, welcher nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Diese gehen aber eben dahin, daß ein Zinsenanspruch nur an der in der Erl. Proceßordnung ad Tit. L. vorgezeichneten Stelle

Hommel, Flavius ed. III. s. v. „Concurs" S. 134.

unter der Voraussetzung zur Befriedigung gelangen könne, daß nach Befriedigung der in den Classen zu locirenden Posten noch Etwas übrig bleibt.

Da nun in dem Ordnungsbescheide nicht die Sufficienz der Masse zu Befriedigung der einzelnen Classen oder Posten in Frage kommt, so pflegt die von Hommel a. a. O. vorgezeichnete sogen. Zinsclausel der Locatoria inserirt zu werden. Eine solche findet sich in der Locatoria Bl. — nicht, und es war daher, diesem besonderen Sachverhältnisse entsprechend, die Berücksichtigung Klägers an behöriger Stelle, also da die Post 43. Bl. — theils in Folge der gegen Klägern rechtskräftigen Reformatoria Bl. —, theils in Folge der Erklärung Klägers vom 1. Oct. 1869. Bl. — Fasc. 43. als Capitalpost in Classe IV. nunmehr gänzlich ausfällt, wie im Urthel geschehen, eventuell in Aussicht zu stellen, wenn schon, wie der Beklagte anscheinend mit Recht bemerkt, in diesem wie in den allermeisten Concursen für die Realisirung dieser Aussicht jedes Anhalten fehlt.

Dies kommt auf dasselbe hinaus, was Beklagter durch seine Rechtsmittel Bl. — und Bl. — bezweckt hat." ꝛc.

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Schmidt's ÷ den Rechtsvertreter in Pfeiffer's Concurse, vom 16. Dec. 1869.*) — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Chemnitz.)

160.

Zur Frage, worauf eine geleistete Zahlung zu rechnen sei? (Zu §§. 977. u. 978. des bürgerl. Gesetzbuchs.)

„Man kann den Beweis nicht schon deshalb als in der Anlage verfehlt ansehen, weil in der Replik Bl. — die Behauptung aufgestellt und Bl. — in Verbindung mit Bl. — zum Beweise ausgesetzt war, daß Carl Wilhelm Schneider aus Plauen, der Afterpachter des Cedenten Klägers, am 17. Febr. 1867 das für das nächstfolgende Halbjahr mit 175 Thlrn. zu zahlende Pachtgeld mit

141 Thlr. 15 Ngr. — baar und
33 = 15 = — durch Zurechnung einer Schuld von gleicher Höhe, welche der Afterpachter an den Beklagten hatte,

berichtigt habe, während der Beweis bei Art. 30—40. darauf gerichtet ist, daß die 175 Thlr. — am 15. Febr. 1867 baar als Pachtgeld für das nächstfolgende Pachtjahr erlegt, der Beklagte jedoch davon blos 141 Thlr. 15 Ngr. — auf das Pachtgeld, 33 Thlr. 15 Ngr. — aber auf eine Schuld, die der Afterpachter Schneider ihm, dem Beklagten, zu entrichten hatte, angenommen habe. Denn nicht darauf kommt es an, daß das Pachtgeld gerade so, wie in der Replik behauptet worden, bezahlt worden sei, sondern die Hauptsache ist, daß

*) In IV. Instanz bestätigt durch Urthel vom 19. März 1870.

es wirklich bezahlt worden. In diesem letzten Punkte ist die Rechtskraft des Beweisinterlocutes zu suchen und zu finden.

Nun hat, was die im Beweise aufgestellte Behauptung anlangt, der als einziger Beweiszeuge abgehörte Afterpachter Schneider besage des Zeugenfascikels sowohl bei der allgemeinen, von ihm gegebenen Sachdarstellung, als auch bei der Beantwortung der einzelnen Beweisartikel 30—40. soviel angegeben: Er habe im Februar 1867 — ob es gerade am 15. Febr. gewesen, wisse er nicht — eine Summe baaren Geldes im Betrage von 175 Thlrn. zu dem Beklagten getragen, sie demselben vorgezählt und dabei gesagt:

„Hier bringe ich das Pachtgeld, hier ist der Pachtzins",

oder, wie er zu Art. 32. bestätigt hat:

„es sei das Pachtgeld auf das nächste halbe Jahr."

Der Beklagte habe das Geld durchgezählt und richtig befunden. Da er, Zeuge, aber dem Beklagten damals 33 Thlr. 15 Ngr. — geschuldet habe, habe Beklagter, indem er das Geld annahm, gesagt:

„nun, da will ich mir erst die 33 Thlr. 15 Ngr. — wegnehmen, die Sie mir persönlich schuldig sind."

Der Beklagte habe dies auch wirklich gethan und von dem Pachtgelde seine Forderung mir nichts Dir nichts weggenommen. Der Zeuge habe allerdings gegen dieses Gebahren des Beklagten nicht Widerspruch erhoben, auch habe sich Beklagter geweigert, eine Quittung über die ganzen 175 Thlr. . . auszustellen, sondern nur zwei Tage später eine solche über 141 Thlr. 15 Ngr. — herausgegeben, obschon er 175 Thlr. . . Pachtgeld erhalten habe.

Bei dieser Sachlage erachtet das Königl. Oberappellationsgericht die volle, richtige Bezahlung des Pachtgeldes vom 15. Februar bis 15. August 1867 mindestens insoweit für erwiesen, daß dem Kläger annoch ein Erfüllungseid zuerkannt werden kann. Denn nach §. 977. des bürgerl. Gesetzbuchs hat der Schuldner, welcher seinem Gläubiger mehrere Schulden zu berichtigen hat und eine Zahlung leistet, durch welche nicht alle Schulden berichtigt werden, bei der Zahlung zu bestimmen, auf welche Schuld er die Zahlung geleistet haben wolle. Nur kann der Gläubiger nicht genöthigt werden, Zahlung auf die Hauptforderung anzunehmen, so lange von dieser noch Zinsen oder Kosten rückständig sind. Erst wenn der Zahlende eine Bestimmung dieser Art zu treffen unterlassen hat, kann der Gläubiger nach §. 978. des bürgerl. Gesetzbuchs bei der Empfangnahme des Geldes oder in der darüber auszustellenden Quittung bestimmen, auf welche Schuld die Zahlung gerechnet werden solle. Ist der Schuldner mit dieser Bestimmung des Gläubigers nicht einverstanden, so muß er widersprechen.

Wenn nun in dem vorliegenden Falle der im Auftrage des Cedenten des Klägers zahlende Zeuge Schneider die volle Pachtsumme der 175 Thlr. — mit der Bestimmung hinzählte, daß dies das Pachtgeld für das nächste Pachthalbjahr sei, so mußte Beklagter dieses

Geld so, wie es ihm angeboten wurde, annehmen, und er hätte, da Zinsen und Kosten nicht in Frage kamen, nicht einmal das Recht gehabt, dann, wenn der Cedent des Klägers selbst ihm verschiedene Posten schuldig gewesen wäre, die Zahlung auf etwas Anderes anzunehmen und zu rechnen, als der Zahlende bei der Zahlung bestimmt hatte. Am allerwenigsten war er befugt, von den Namens des Cedenten des Klägers bezahlten 175 Thlrn. —— eine fremde Schuld, die persönliche Schuld des Afterpachters Schneider, vorweg abzuziehen und dann die Sache so zu behandeln, als sei der Pachtzins für das nächste Halbjahr nicht voll bezahlt. In dem vorliegenden Falle kam daher §. 978. des bürgerl. Gesetzbuchs gar nicht zur Anwendung, und es bedurfte daher auch gar nicht eines besonderen Widerspruchs des zahlenden Schneider gegen das an sich schon widerrechtliche Gebahren des Beklagten. Ein derartiger Widerspruch wird blos in dem Falle des §. 978. erfordert. Außerdem scheint auch aus der Aussage des Zeugen zu Beweisartikel 37. abgeleitet werden zu können, daß der zahlende Schneider wenigstens insofern einen Widerspruch gegen das Gebahren des Beklagten erhoben habe, als er Quittung über 175 Thlr. Pachtgeld, welches er bezahlt, verlangte. Denn hätte Schneider eine solche Quittung über die volle Zahlung nicht verlangt, so würde Beklagter nicht nöthig gehabt haben, sie zu verweigern, wie der Zeuge zu dem angegebenen Artikel ausdrücklich bestätigt. Es ist jedoch hierauf nicht einmal ein entscheidendes Gewicht zu legen, da, wie gedacht, auf den Widerspruch Schneiders gar nichts ankommt.

Nach diesen Erwägungen erachtet also das Königl. Oberappellationsgericht, selbst indem es sich auf den unrichtigen, aber in Rechtskraft beruhenden Standpunkt der Beweisinterlocute stellt, die cassatorische Clausel, was das Pachtgeld der 175 Thlr. anlangt, nicht für verwirkt, mithin insoweit, die Ableistung eines Erfüllungseides vorausgesetzt, den Beweis für gelungen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Wettstein's ÷ Teuscher, vom 21. Dec. 1869.*) — Ger.-Amt im Bez.-Ger. Plauen.)

161.

Hat der Pachter einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Ersteher der an ihn verpachteten Grundstücke die am Tage der Zwangsversteigerung noch unerhobenen Früchte ihm zur Perception überlasse? (Zu §§. 244. 414. 869. 1090. bez. §§. 1222—1226. des bürgerl. Gesetzbuchs.)

2c. „Es könnte nur noch in Erwägung kommen, inwiefern dem Kläger ein persönlicher Anspruch darauf zustehe, daß ihm der Beklagte als Ersteher der angeblich an ihn verpachteten Grundstücke die am Tage der Zwangsversteigerung noch unerhobenen Früchte zur

*) In IV. Instanz bestätigt durch Urthel vom 2. April 1870.

Perception überlasse. In dieser Beziehung möge Folgendes bemerkt werden.

Die natürlichen Früchte sind, so lange sie von der fruchttragenden Sache noch nicht getrennt worden, Bestandtheile der letzteren. Hierauf gründet sich u. A. die Vorschrift in §. 414. des bürgerl. Gesetzbuchs, nach welcher die am Tage der Zwangsversteigerung, der Concurseröffnung, oder der auf Antrag eines Hypothekengläubigers angelegten Sequestration noch nicht erhobenen, insbesondere also die noch anstehenden natürlichen Früchte von der Hypothek ergriffen werden; auch folgt aus dem obigen Satze, daß der Ersteher eines zwangsweise versteigerten Grundstückes, sobald er das Eigenthum an diesem Grundstücke durch seine Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt hat, auch die auf diesem Grundstücke noch anstehenden natürlichen Früchte, welche erst durch ihre Trennung von der Hauptsache besondere Eigenthumsobjecte für ihn werden, eigenthümlich erwirbt (§. 244. des bürgerl. Gesetzbuchs).

Bei der Versteigerung des Joseph Lehmeierschen Grundstückes sind zwar die anstehenden Früchte nicht ausdrücklich mit ausgeboten, aber auch nicht, und insbesondere nicht zum Besten Klägers, von der Versteigerung ausgeschlossen worden. Ein Vorbehalt dieser Früchte für eine dritte Person hätte auch wegen der Rechte der Hypothekarier nach §. 414. des bürgerl. Gesetzbuchs ohne deren Zustimmung nicht erfolgen können. Die vom Kläger für sich angezogene Bestimmung in §. 873. aber ist hier nicht anwendbar, weil der meistbietende Licitant das zwangsweise versteigerte Grundstück nicht unter einer aufschiebenden Bedingung erkauft, der bei unterbliebener fristmäßiger Anzahlung eintretende Verlust des Erstehungsrechtes vielmehr als eine Rechtsverwirkung (§§. 1436 f.) betrachtet werden muß, welche im vorliegenden Falle aber nicht eingetreten ist, da, nach Klägers eigener Angabe, der Beklagte die vorschriftsmäßigen Zahlungen geleistet hat und als Eigenthümer des erstandenen Grundstückes eingetragen worden ist. Beklagter war also nach §§. 869. und 1090. des bürgerl. Gesetzbuchs vollkommen berechtigt, zu verlangen, daß ihm das Grundstück mit den am Versteigerungstage noch nicht getrennten Naturalfrüchten übergeben werde.

Unbeschadet dessen aber kann dem Pachter eines zwangsweise versteigerten Grundstücks gegenüber dem Ersteher des letzteren nicht jede persönliche Berechtigung abgesprochen werden. Der Sachwalter des Beklagten, welcher dies bestreitet und sich dabei zu einer Kritik des bürgerl. Gesetzbuchs berufen gefühlt hat, würde vielleicht bei aufmerksamer Betrachtung der §§. 1224. und 1225. des bürgerl. Gesetzbuchs selbst zu einer andern Ansicht gekommen sein.

Der Schlußsatz des §. 1224., welchen allerdings auch die vorige Instanz in Beklagtens Sinne ausgelegt hat,

„im Falle der Zwangsversteigerung geht die Verbindlichkeit zur Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrags, selbst wenn eine

Eintragung im Grundbuche erfolgt ist, auf den neuen Erwerber nicht über,"

enthält nicht die Vorschrift, daß der Ersteher eines zwangsweise versteigerten Grundstücks von jeder Rücksicht und Verpflichtung gegen den Pachter oder Miether befreit sein solle.

Die §§. 1222—1226., welche dazu bestimmt sind, den Einfluß zu erörtern, welchen eine während der Pacht- oder Miethzeit eingetretene Veränderung in Bezug auf das Eigenthum oder das Benutzungsrecht des Verpachters oder Vermiethers auf das Pacht- oder Miethverhältniß äußere, müssen in ihrem Zusammenhange geprüft werden, und es darf, was namentlich den §. 1224. anlangt, der Schlußsatz desselben nicht aus seiner Verbindung mit dem ersten Abschnitte dieses §. herausgenommen werden. Liest man den ganzen §., so ergiebt sich ganz von selbst, daß der Schlußsatz nur dazu dienen soll, die früher

vergl. Ponath in den Annalen Bd. 1. S. 194.

nicht unbestrittene, in dem Gesetze vom 6. Nov. 1843. §. 16, 7. nicht ausdrücklich entschiedene Frage:

ob eine vertragsmäßige Verpflichtung des Verpachters oder Vermiethers, im Falle einer Veräußerung der Sache dem Erwerber die Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrags zur Bedingung zu machen, wenn dieselbe in das Grundbuch eingetragen worden sei, auch im Falle der Zwangsversteigerung gegen den Erwerber Wirkung habe?

zu entscheiden. Der §. 1224. enthält also in seiner Verbindung mit §. 244. nur den Satz, daß eine Verpflichtung der eben erwähnten Art, wenn sie als Dispositionsbeschränkung in das Grundbuch eingetragen worden ist, zwar im Falle einer freiwilligen Veräußerung des verpachteten oder vermietheten Grundstücks, aber nicht bei einer Zwangsversteigerung desselben, gegen den Erwerber geltend zu machen sei.

Fragt man ferner, wie sich nun eigentlich das Verhältniß zwischen den Contrahenten einer- und dem Pachter oder Miether und dem Erwerber andererseits in Folge einer Veräußerung des verpachteten oder vermietheten Grundstücks während der Pacht- oder Miethzeit gestalte, so ist auch diese Frage in den §§. 1222. 1224. und 1225. vollständig und klar entschieden.

Die schon bisher in diesem Sinne aufgefaßte Parömie „Kauf bricht Miethe" hat auch nach §§. 1222 ff. des bürgerl. Gesetzbuchs nicht die Bedeutung, daß durch eine Veräußerung des verpachteten oder vermietheten Grundstücks während der Pacht- oder Miethzeit der Vertrag zwischen den Betheiligten aufgehoben würde, sondern nur den Sinn, daß der Erwerber, als Singularsuccessor, an die von seinem Vorgänger im Eigenthume des Grundstücks abgeschlossenen Pacht- oder Miethverträge nicht gebunden und daher, außer dem Falle der in §. 1224. erwähnten, jedoch nur bei der freiwilligen Veräußerung

wirksamen, Dispositionsbeschränkung, nicht verpflichtet ist, in diese Verträge einzutreten. Indessen ist dabei doch dem Interesse des Pachters insofern Rechnung getragen worden, als nach §. 1225. der dritte Eigenthümer oder Nutzungsberechtigte nur das Recht haben soll, dem Pachter oder Miether zu kündigen und nach Ablauf der in §. 1225. gedachten Kündigungsfristen den Vertrag für erloschen anzusehen. Der §. 1225. ist nicht, wie Beklagter meint, blos auf freiwillige Veräußerungen eines verpachteten oder vermietheten Grundstücks zu beziehen, denn es handelt derselbe ganz allgemein von dem Dritten, welcher das Eigenthum oder Benutzungsrecht an der Sache erwirbt, ohne dabei einen Unterschied in Bezug auf den Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes zu machen. In dieser allgemeinen Fassung entspricht der §. 1225. dem §. 1222., in welchem ausdrücklich gesagt ist, daß der Pachter oder Miether von dem Verpachter oder Vermiether Schadenersatz verlangen könne, wenn während der Dauer des Vertrages das Eigenthums- oder Benutzungsrecht in Folge einer Veräußerung von Seiten des Vermiethers oder Verpachters, oder aus irgend einem anderen Rechtsgrunde auf einen Dritten übergehe, welcher in die Verpflichtungen des Verpachters oder Vermiethers nicht eintrete. Mit diesem letzteren Satze wird bereits auf das Verhältniß zwischen dem neuen Erwerber auf der einen, und dem Pachter oder Miether auf der anderen Seite hingewiesen; es ist daher bei den näheren Bestimmungen, welche sich hierüber in den §§. 1225. und 1226. finden, ebenfalls auf die Verschiedenartigkeit der Erwerbsgründe des Eigenthums keine Rücksicht genommen worden. Es würde aber auch eine Beschränkung der Bestimmungen des §. 1225. auf die Fälle einer freiwilligen Veräußerung unrichtig gewesen sein. Denn diese Bestimmungen beruhen auf dem Eigenthume des neuen Erwerbers an dem fraglichen Grundstücke und treten daher auch erst dann ein, wenn derselbe dieses Eigenthum an dem verpachteten oder vermietheten Grundstücke durch seine Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erworben hat. Es liegt aber in dem Begriffe und dem Wesen des Eigenthums als der absoluten Herrschaft über eine Sache, daß sich verschiedene Abstufungen desselben nicht denken lassen; es kann daher auch darauf, aus welchem Rechtsgrunde Jemand das Eigenthum erworben habe, in Bezug auf den Umfang und die Wirksamkeit seines Rechtes an der Sache Nichts ankommen.

Ebensowenig läßt sich behaupten, daß mit den Worten „kann nach seiner Eintragung ꝛc." dem neuen Erwerber die Wahl gelassen worden sei, ob er den Pacht- oder Miethvertrag sofort für erloschen ansehen, oder denselben noch eine Zeit lang fortsetzen und sich nur durch eine zeitige Kündigung vor der Annahme eines stillschweigenden Eintritts in das bisherige Pacht- oder Miethverhältniß sichern wolle. Der Zweck des §. 1225. ist nämlich offenbar dieser, das Recht fest-

zustellen, welches dem neuen Erwerber oder Benutzungsberechtigten gegen den Pachter oder Miether zustehen solle. Daß es dem Ersteren freistehe, den Pacht- oder Miethvertrag mit dem Pachter oder Miether des Grundstücks fortzusetzen, ist selbstverständlich. Eine Bestimmung dieser Art wäre überflüssig und überdies in der Lehre vom Pacht- oder Miethvertrage nicht einmal an ihrer Stelle gewesen. Vielmehr ist im §. 1225. nur das äußerste Maß der Befugnisse, welche dem neuen Erwerber kraft seines Eigenthumsrechtes zustehen sollen, bestimmt angegeben und dabei

vergl. Siebenhaar, Commentar Bd. II. S. 283. ed. II.

die Parömie „Kauf bricht Miethe" beschränkt worden. Irgend ein Widerspruch zwischen dem §. 1225. und dem Schlußsatze des §. 1224. besteht nicht. Die im ersten Satze des §. 1224. erwähnte Verpflichtung des Vermiethers oder Verpachters, im Falle einer Veräußerung des Grundstücks dem Erwerber die Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrages zur Bedingung zu machen, kann sich der Natur der Sache nach nur auf eine von dem Ersteren freiwillig vorgenommene Veräußerung beziehen, weil bei der Zwangsversteigerung dem Eigenthümer des zu versteigernden Grundstückes das Recht, Bedingungen für den Erwerber zu stellen, nicht zusteht, und auch der subhastirende Richter nicht ermächtigt ist, von den gesetzlich vorgeschriebenen Versteigerungsbedingungen ohne Zustimmung sämmtlicher Betheiligten abzugehen, insbesondere aber dem Ersteher Verpflichtungen aufzulegen, welche die Gebote herabdrücken und den Hypothekengläubigern von Nachtheil werden würden. Auch besagt der Schlußsatz des §. 1224. nur soviel, daß im Falle einer Dispositionsbeschränkung, wie sie der §. angiebt, das Verhältniß des Erwerbers zum Pachter oder Miether dasselbe ist, welches ohne diese Dispositionsbeschränkung eintritt; er ist als dritter Eigenthümer in einem wie in dem anderen Falle nicht verbunden, die Pacht- und Miethverträge des bisherigen Eigenthümers zu erfüllen, d. h. sie unter den bisherigen Bedingungen bis zum Ablauf der Contractzeit auszuhalten; es ist aber, wenn er die vorzeitige Räumung verlangen will, die im §. 1225. vorgeschriebene Kündigung erforderlich.

Nach diesen Grundsätzen wäre nun zwar der Kläger berechtigt gewesen, den behauptetermaßen mit dem bisherigen Eigenthümer abgeschlossenen Pachtvertrag bis zum Ablauf des Pachtjahres vom 1. Febr. 1868 bis 1. Febr. 1869 fortzusetzen und demgemäß auch die während dieser Zeit erwachsenen Früchte zu erheben; allein, wenn er dies wollte und es nicht vorzog, den Pacht sofort zu verlassen, so mußte er nach §. 1226. dem Beklagten nach Verhältniß der seit der neuen Erwerbung abgelaufenen Pachtzeit den Pachtzins in der Höhe, wie er beim letzten Zahlungstermine gewesen, entrichten. Hierzu hat der Kläger sich nicht erboten, und eine von Amtshalber zu bewirkende Modification der Klagbitte würde nach Lage der Sache nicht statthaft, insbesondere aber auch deshalb nicht ausführbar gewesen sein, weil

der Kläger die Höhe seines Pachtzinses nicht angegeben, auch, wie bereits in anderer Beziehung bemerklich gemacht worden, weder die zur Zeit der Klage noch anstehenden, noch die von dem Beklagten bereits erhobenen Früchte irgend näher bezeichnet hat, eine executionsfähige Sentenz also nicht hätte ertheilt werden können."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Lehmeier's ÷ Naumann, vom 21. Dec. 1869. — Ger.-Amt Limbach.)

162.

Ausflucht der Dispositionsstellung wegen angeblich nicht sofort wahrgenommener und wahrnehmbar gewesener (verborgener) Fehler der Waare (zu Art. 347. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs).

„Beklagter hat vermieden, eine Erklärung über den Brief Bl. — abzugeben, und dessen Aechtheit kann wenigstens nach den dermalen geltenden Proceßgesetzen nicht aus dem Bl. — angegebenen, wenn schon Bl. — ausdrücklich gebilligten Grunde für constatirt gelten. Hierdurch wird die Argumentation voriger Instanzen — dahingestellt, ob und inwieweit man ihr beitreten könnte, wenn der Brief Bl. —, wie es allerdings den Anschein hat, ächt ist und darauf die rechtzeitige Dispositionsstellung gegründet werden sollte, — hinfällig, zu geschweigen, daß auch der Bl. — berührte Ausspruch der kaufmännischen Mitglieder des Handelsgerichts in der hier einschlagenden technischen Frage nicht ohne Weiteres als endgültige Beantwortung derselben benutzt werden kann, und daß die Bl. — angeführte Vermuthung über die Zeit der Ankunft der Waare bei Beklagtem bedenklich ist.

Vielmehr hat folgenden Erwägungen Rechnung getragen werden müssen.

Beklagter behauptet Dispositionsstellung am 13. August 1868 wegen, wie man die Exception auffassen muß, erst an diesem Tage wahrgenommener, bis dahin verborgener Fehler. Dieser Beweis kann ihm nicht abgeschnitten werden, obschon dessen Gelingen problematisch ist.

Denn allerdings war es, wie Bl. — richtig ausgeführt ist, Pflicht des Beklagten, sofort nach dem, der Zeit nach annoch zu constatirenden Eingang der Waare solche zu untersuchen und, wenn sie bereits zu dieser Zeit mit erkennbaren Fehlern behaftet war, zur Disposition zu stellen. Wäre nun diese Dispositionsstellung, welche sich selbstverständlich auf beide zu redhibirende Garnposten erstrecken mußte, an sich eine verspätete, so fällt dem Beklagten auch noch die Beweislast zu, daß die Fehler, welche wenigstens am 13. Aug. 1868 bereits augenfällige gewesen, dies erst zu einem Zeitpunkte geworden, wo eine Dispositionsstellung um diese Zeit im Sinne des Art. 347. des Handelsgesetzbuchs eine rechtzeitige gewesen. Auch darf natürlich die Augenfälligkeit für Beklagten nicht blos dadurch ausgeschlossen

gewesen sein, daß er die Auspackung und Untersuchung der Waare nach Empfang Ende März oder Anfang April bis gegen Mitte August verschoben hat, und würde dieser Verzug, angenommen, daß die Waare zu jener Zeit ohne erkennbare Fehler angekommen, die fehlerhafte Beschaffenheit aber später in Folge des Bl. — berührten Umstandes, daß verpackt ankommende Rothgarne bei andauernder Luftentziehung in der Farbe leiden, eingetreten sei, nicht auf dem Bl. — angedeuteten Wege entschuldigt werden können, da Beklagter als Fabrikant wissen mußte, ob bei Rothgarnen von an sich normaler Beschaffenheit Luftentziehung der Farbe gefährlich sei oder nicht.

Ob für den Gegenbeweis die Bl. — am Schlusse, an sich verspätet vorgeschützte Replik vorzubehalten sei, brauchte nicht erörtert zu werden, nachdem Kläger diesen Brief Bl. — im Originale beigebracht hat und daraus weder ein klarer Verzicht auf das etwa vorhandene Redhibitionsrecht, noch ein irgend präcises Zahlungsversprechen zu entnehmen ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Firma Wittenstein H. Sohn ÷ Geißler, vom 21. Dec. 1869.*) — Ger.-Amt Zittau.)

163.

Ueber Rückforderung des Mobiliareinbringens der Ehefrau nach getrennter Ehe. — Begründung der Klage auf Rückgewährung.

„In Folge der Erklärung des Beklagten Bl. — ist die Statthaftigkeit der Klage nur noch in Ansehung der geforderten Rückgabe der Bl. — sub nris. 1—74. specificirten Gegenstände des Mobiliareinbringens bestritten.

Die den Gegenstand des Bl. — geförmelten, Bl. — modificirten Delateides bildende Behauptung, daß Klägerin die fraglichen Gegenstände in die Ehe und in die gemeinschaftliche Wohnung mitgebracht habe, reicht nach den vom Oberappellationsgerichte befolgten Grundsätzen

vergl. außer den Bl. — citirten Präjudizien: Annalen, N. F. Bd. I. S. 514 ff.**)

im Allgemeinen aus, die Klage auf deren Rückgewährung nach getrennter Ehe zu begründen.

Denn wenn nach jener Behauptung der Beklagte in den Stand gesetzt worden ist, an den in die gemeinschaftliche Wohnung eingebrachten, zur Benutzung für die Zwecke und Lasten der Ehe geeigneten Gegenständen sein gesetzliches Recht der Verwaltung und Nutznießung auszuüben, so liegt darin auch die genügende Beziehung auf die zu Begründung der Dotalklage erforderliche Thatsache der Illation. Daß

*) In IV. Instanz bestätigt durch Urthel vom 2. April 1870.

**) S. diese Zeitschrift N. F. Bd. 28. S. 46 ff. Nr. 22.

der Beklagte sein gesetzliches Recht auch wirklich ausgeübt habe, ist um so unbedenklicher vorauszusetzen, als jenes Recht mit den Verpflichtungen aus der ehelichen Pflegschaft zusammenhängt, deren Verabsäumung offenbar nicht präsumirt werden kann. Es folgt hieraus, daß die nach getrennter Ehe die eingebrachten unvertretbaren Gegenstände zurückfordernde Ehefrau nicht erst eine Fortdauer der durch die Illation entstandenen Verpflichtungen des Ehemannes beziehentlich seiner Inhabung jener Gegenstände nachzuweisen hat, diese Fortdauer vielmehr der Regel nach zu präsumiren ist, und es Sache des Beklagten bleibt, diejenigen Thatumstände, durch welche er von der Verpflichtung zur Rückgabe befreit zu sein vermeint, excipiendo anzuführen und zu beweisen.

Annalen a. a. O. S. 518. sub 1.

Es leiden jedoch die vorstehenden Grundsätze der Natur der Sache gemäß nur auf solche von der Ehefrau inferirte unvertretbare Sachen Anwendung, welche ihrer Beschaffenheit nach geeignet, und eben deshalb auch voraussetzlich mit der Bestimmung eingebracht sind, zu dem Gebrauche für die Zwecke und Bedürfnisse der Ehe und des gemeinschaftlichen Hauswesens zu dienen. Anders verhält es sich mit denjenigen unvertretbaren Sachen, welche die Ehefrau nicht Behufs der Benutzung für den gemeinsamen Hausstand, sondern zum besonderen Gebrauche für ihre Person und mit der Bestimmung für diese Sonderbenutzung eingebracht hat. In Bezug auf diese Sachen kann dem Ehemanne die Voraussetzung, daß er die ihm kraft seiner gesetzlichen Stellung zum eheweiblichen Vermögen zukommenden Rechte und Pflichten auszuüben und zu erfüllen nicht unterlassen habe, schon um deswillen nicht ohne Weiteres entgegengehalten werden, weil er gar nicht veranlaßt, häufig auch außer Stande ist, auf diese Sachen die ihm in Bezug auf das eheweibliche Vermögen im Allgemeinen zukommenden Befugnisse und die damit verbundene Fürsorge zu erstrecken. Man braucht sich nur zu vergegenwärtigen, daß der Ehemann von den Kleidungs-, Wäsch-Stücken, Schmucksachen und Utensilien, welche die Ehefrau zum Gebrauche für ihre Person in die Ehe mitbringt, oft gar keine, wenigstens keine genaue Kenntniß erhält, und ebensowenig anders als ausnahmsweise in die Lage kommen wird, das Gebahren der Ehefrau beim Gebrauche so sorgfältig zu überwachen, um für die Sicherung und Erhaltung solcher Gegenstände in gleicher Weise, wie rücksichtlich der übrigen Dotalgegenstände verantwortlich sein zu können. Im Zweifel kann deshalb nicht angenommen werden, daß die von der Ehefrau in die gemeinsame Behausung gebrachten, zu ihrem ausschließlichen Gebrauche bestimmten Naturalausstattungsgegenstände zum Einbringen inferirt seien.

Sintenis, Civilrecht, Bd. III. §. 132. Anm. 12. S. 15 f.

Zu der factischen Uebertragung der Sachen in die eheweibliche Wohnung müßten solchenfalls noch weitere Thatsachen hinzukommen, aus denen abzunehmen ist, daß der Ehemann dieselben als Bestandtheile

des seiner Verwaltung und Nutznießung unterworfenen eheweiblichen Vermögens an sich oder in Besitz genommen habe.

Annalen a. a. O. S. 527. sub IV.

Im Sächsischen Rechte ist nach dem Vorgange des General-Gouvern.-Patents vom 12. Mai 1814 §. 6. und 7., durch die Vorschriften des bürgerl. Gesetzbuchs §. 1671. verb. mit §. 1656. verordnet, daß an allen Gegenständen, welche zur Bekleidung, zum Schmucke oder sonst zum Gebrauche für die Person der Ehefrau bestimmt sind, es mögen solche von ihr bei Eingehung der Ehe besessen oder später vom Ehemanne aus seinem Vermögen angeschafft worden sein, der Ehefrau das Eigenthum und das Recht des unbeschränkten Gebrauchs während der Ehe zusteht, und der Ehemann blos das Recht hat, zu verhindern, daß die Ehefrau von diesen Gegenständen einen andern, als den bezweckten Gebrauch macht. Tritt sonach bei den vorbezeichneten Gegenständen ein ähnliches Verhältniß wie bei den Receptitien nur mit der Beschränkung ein, daß die Ehefrau zu Rechtsgeschäften über selbige der ehemännlichen Zustimmung bedarf, so ist auch nicht zu vermuthen, daß sie diejenigen von ihnen, welche sie bei Eingehung der Ehe bereits besessen hat, dem Ehemanne zur Nutznießung und Verwaltung zugebracht habe.

Siebenhaar, Commentar Bd. III. S. 54. 60.

Die Klage, mit welcher die Ehefrau nach getrennter Ehe sie zurückfordert, ist nicht die auf die Thatsache der Illation gestützte persönliche Dotalklage, sondern die aus dem Eigenthume oder dem rechtmäßigen und redlichen Besitze entspringende dingliche Klage.

Als solche ist die vorliegende Klage zu betrachten, soweit sie die in der Specification Bl. — sub nris. 7—17. 29. und 36. angegebenen Gegenstände betrifft, welche theils durch ihre Bezeichnung selbst, theils durch ihre Bestimmung zu weiblicher Benutzung, theils endlich durch den Zusammenhang, in welchen sie mit andern gebracht sind, als solche erscheinen, welche zu der Bekleidung und dem besonderen persönlichen Gebrauche des klagenden Weibes dienen, während die übrigen sub nris. 1—6. 18—28. 30—35. 37—74. specificirten als Gegenstände gemeinschaftlichen Gebrauchs beziehentlich der Benutzung für Zwecke des gemeinsamen Hauswesens sich darstellen.

Die auf letztere gerichtete Dotalklage findet den oben entwickelten Grundsätzen gemäß durch die in dem Bl. — geförmelten, Bl. — modificirten Delateide befaßten Thatsachen vollständige Begründung; für den Fall der Leistung dieses Eides ist daher Beklagter von den vorigen Instanzen Bl. — verb. mit Bl. — insoweit mit Recht von der erhobenen Klage entbunden worden.

Dagegen beruht die Begründung der Klage in der Eigenschaft einer dinglichen, auf die Effecten sub nris. 7—17. 29. und 36. gerichteten Klage auf dem Nachweise

a) des Eigenthumsrechts der Klägerin,
b) der Inhabung auf Seiten des Beklagten zur Zeit der Klaganstellung (nach Bl. — dem 21. Jan. 1869).

Für die Nachweisung

ad a.

genügt das in dem nurgedachten Eide enthaltene Klaganführen gleichfalls. Denn die gesetzliche Präsumtion des Eigenthums tritt der Ehefrau dann zur Seite, wenn sie nachzuweisen vermag, daß sie die fraglichen Sachen bei Eingehung der Ehe besessen, oder daß der Ehemann sie aus seinem Vermögen während der Ehe angeschafft hat. Im Besitze der fraglichen Gegenstände muß sich aber die Klägerin bei Eingehung der Ehe befunden haben, wenn sie dieselben zu dieser Zeit in die gemeinschaftliche Wohnung der Parteien mitgebracht hat; es bedarf dann der näheren Darlegung des Eigenthumserwerbes, beziehentlich des Titels, auf welchen sie die Rechtmäßigkeit ihres Besitzes stützt, dem Ehemanne und dessen Rechtsnachfolgern gegenüber, nicht.

Behufs des Nachweises

ad b.

hat Klägerin sich in schlüssiger, für den gebrauchten Eidesantrag geeigneter Weise in Klagabschn. 156—159. darauf bezogen, daß die sämmtlichen sub 1—74. aufgeführten Sachen sich noch im Besitze des Beklagten befinden.

Wenn nun aber die Begründung der Klage in der hier fraglichen Richtung auf der Gesammtheit der vorstehend sub a. und b. erwähnten Thatumstände beruht, so folgt daraus ohne Weiteres, daß der betreffende Klaganspruch gleich sehr hinfällig wird, mag Beklagter den einen oder den anderen derselben eidlich ablehnen. Deshalb war seine Entbindung von der Klage in Ansehung der Bl. — sub nrs. 7—17. 29. und 36. specificirten Sachen nicht blos, wie in den vorigen Entscheidungen geschehen, von dem vorstehend unter a. gedachten Eide abhängig zu machen, sondern dem Beklagten auch noch wahlweise die Leistung des Delateides zu Klagabschn. 156—159. mit gleicher rechtlicher Wirkung nachzulassen. Ueber die Fassung des letzteren ist nur noch zu bemerken, daß es der Natur der vorliegenden Eigenthumsklage gemäß blos darauf ankommt, ob Beklagter die streitigen Effecten zur Zeit der Klaganstellung thatsächlich so in seiner Macht gehabt habe, daß er sie der Klägerin herauszugeben vermocht hätte, gleichviel, ob sie sich in seiner oder eines Stellvertreters Verwahrung, oder überhaupt in den Räumen der den Parteien zuvor gemeinschaftlichen Behausung befunden haben. Denn Beklagter hat deren Inhabung schlechthin unter Acceptation des angetragenen Eides geleugnet, und auf sonstige, ihn demungeachtet von der Verpflichtung zur Herausgabe befreiende Umstände würde daher selbst dann kein

Absehen zu richten sein, wenn er, wie jedoch nicht einmal geschehen, auf dergleichen sich bezogen hätte."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der geschied. Eisoldin ÷ Eisold, vom 30. Dec. 1869. — Ger.-Amt Radeberg.)

164.

Zur Frage, wie Derjenige, welcher auf Grund und Boden des Gemeinschuldners ein Gebäude errichtet hatte, zu entschädigen sei, wenn der Concurs die Ausübung des jus tollendi verweigert? (Zu §§. 286. 287. des bürgerl. Gesetzbuchs.) — Die bezügliche Entschädigungsverbindlichkeit ist Massesschuld.

„Nachdem Ende December des Jahres 1867 von dem Gerichtsamte Eibenstock beschlossen worden war, mit der Eröffnung des Concurses zu dem Vermögen der verw. Rockstroh zu verfahren (Bl. — Vol. I a.), kam unter dem 18/20. April 1868 Kläger, der Bruder der Cridarin, bei dem Concursgerichte mit einem Schreiben ein, worin er sagte:

Wie bekannt, habe er bereits im December des Jahres 1864 die seiner Schwester gehörige Glashütte zum Betriebe auf eigene Rechnung übernommen und dann mit Zustimmung seiner Schwester auf Grund des mit ihr am 24. April 1865 bedingungsweise abgeschlossenen Vergleichs und eventuellen Kaufs in der Voraussicht, daß dieselbe die zur Realisirung des Kaufs erforderliche Dismembration durchsetzen werde, zum besseren Betriebe der Glashütte auf dem Grund und Boden der Rockstroh ein Pochwerk errichtet, welches noch jetzt vorhanden sei. Da dieses Pochwerksgebäude sein zweifelloses Eigenthum sei, so beanspruche er, daß man ihm entweder noch vor der Subhastation der zur Concursmasse gehörigen Grundstücke dessen Abbruch gestatte, oder, daß man in die Subhastationsbedingungen eine Bestimmung aufnehme, zufolge deren das Pochwerksgebäude dem Ersteher nicht mit zufalle.

Er bat zugleich um Anberaumung eines gütlichen Verhörs zur Verhandlung mit dem Concursvertreter hierüber (Bl. — Vol. I a.).

Ein solches gütliches Verhör wurde am 5. Mai 1868 auch wirklich abgehalten. Es kam jedoch eine Vereinigung nicht zu Stande, indem der Gütervertreter sich weigerte, Klägerm irgend etwas zu gewähren (Bl. —).

Es protestirte daher Kläger nunmehr unter eventueller Berufung dagegen, daß Seiten der Concursverwaltung über das beregte Pochwerk mit verfügt werde (Bl. —). Später erklärte derselbe Bl. —, er wolle zwar in die Mitversteigerung des Pochwerks einwilligen, verlange jedoch, daß vor der Subhastation die Bieter darauf aufmersam gemacht würden, wie er, Kläger, dafern ihn der Concurs nicht ent-

schädige, sich wegen seines Anspruchs auf das Pochwerk an den Ersteher halten werde.

Seiten des Gütervertreters wurde nun zwar Bl. — auch diesem Verlangen widersprochen; es kam indessen am 29. Juli 1868 Bl. — zwischen Jenem und Klägerm, und zwar unter ausdrücklicher Genehmigung des Concursgerichts ein Vergleich zu Stande, dessen einzelne Bestimmungen dahin lauten:

1) Beide Theile willigen darein, daß das fragliche Pochwerk ohne Vorbehalt dem künftigen Ersteher gegenüber mit zur Versteigerung komme und in das unbeschränkte Eigenthum des Erstehers übergehe.

2) Der Gütervertreter widerspricht dem Anverlangen Klägers auf Entschädigung wegen des auf dem zu versteigernden Grundstücke erbauten Pochwerks.

3) Von der künftigen Erstehungssumme der einschließlich des Pochwerks zur Versteigerung kommenden Grundstücke soll ein nach Verhältniß der Taxe Bl. —, also nach der Formel: 2645 (Taxwerth der sämmtlichen Grundstücke der Cridarin einschließlich des darauf erbauten Pochwerks): 250 (Taxwerth des Pochwerks) = künftige Erstehungssumme: x zu berechnender Betrag als Aversionalquantum für das Pochwerk inne behalten werden.

4) Dieses Aversionalquantum soll, wenn alle übrige hierüber nach der Subhastation zu befragende angemeldete Gläubiger damit einverstanden sind, Klägerm als Entschädigung für das der Concursmasse überlassene Pochwerk verabfolgt werden, für den Fall aber, daß auch nur einer der Gläubiger dieser Verabfolgung widerspricht, so lange im Gerichtsdepositum verbleiben, bis über die Ansprüche Klägers an das Pochwerk rechtskräftig entschieden ist.

5) Kläger zieht seine Verwahrung und Berufung Bl. — zurück, und verpflichtet sich für den unter 4) a. E. gedachten Fall, seinen Anspruch auf das Pochwerk, resp. auf das dafür ausgeworfene Aversionalquantum bis zum 1. Januar 1869 zu begründen.

6) Das hierauf einzuleitende Verfahren soll im Wege des unbestimmten summarischen Processes geführt werden.

Hierauf ist nun Bl. — mit der Subhastation der Rockstroh'schen Grundstücke verfahren und dafür (einschließlich des Pochwerks) ein Höchstgebot von 3010 Thlrn. erzielt worden. Das Concursgericht aber hat über den obigen Vergleich bis jetzt anscheinend nur zwei Gläubiger befragt, und von diesen hat der eine der Auszahlung der für das Pochwerk zu deponirenden Summe an Klägern Bl. — widersprochen.

In dessen Folge hat denn nun Kläger in der Bl. — Vol. I b. und zwar noch vor dem 1. Januar 1869 zu den Acten überreichten Schrift, auf welche der Gütervertreter als Beklagter, nachdem ihm solche Bl. — im Duplikate zugestellt worden, Bl. — sich förmlich eingelassen, seine Ansprüche auf das oft erwähnte Pochwerk näher aus-

geführt, die ihm dafür zukommende Entschädigdng auf Grund der oben unter 3) gedachten Formel und des Ergebnisses der Subhastation zu 284 Thlr. 12 Ngr. berechnet, und schließlich beantragt, Beklagter möge verurtheilt werden, darein zu willigen, daß ihm, Klägerm, dieser Betrag von den Erstehungsgeldern verabfolgt werde.

Man hat nun zuvörderst das formelle Bedenken der vorigen Instanz Bl. —, wonach über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch nur nach vorgängigem, im Wege des ordentlichen Processes zu erfolgendem Gehöre der Betheiligten endgültig soll entschieden werden können, keineswegs zu theilen vermocht. Denn ganz zu geschweigen, daß Beklagter selbst nach dieser Richtung hin einen Einwand gar nicht erhoben, so haben die Parteien nach dem oben unter 6) Bemerkten eventuell ausdrücklich dahin compromittirt, daß im Wege des unbestimmten summarischen Processes zwischen ihnen verfahren werden solle, und überdies liegt das Sachverhältniß bereits so klar vor, daß eine sofortige definitive Entscheidung sehr wohl möglich erscheint.

In materieller Beziehung ist man in der jetzigen Instanz von folgenden Erwägungen geleitet worden.

Wie aus der, in den Bl. — Vol. I b. angezogenen Grund- und Hypothekenacten Bl. — anzutreffenden, gerichtlich recognoscirten Urkunde hervorgeht, hat die verw. Rockstroh, die jetzige Cridarin, mit dem gegenwärtigen Kläger, nachdem sie zuvor mit ihm unter dem 24. April 1865 den Bl. — des Actenfascikels unter 612/I. zu lesenden gerichtlichen Vergleich getroffen gehabt, unter dem 7. Oct. 1865 einen Kauf abgeschlossen, wonach sie demselben das von ihr betriebene Glasfabrikationsgeschäft um den Preis von 1350 Thlrn., ingleichen das auf dem zu Fol. 122. des Grund- und Hypothekenbuchs für Carlsfeld gehörigen Grund und Boden erbaute Glashüttengebäude sammt einem Theile des an das letztere anstoßenden Areals um die Summe von 1400 Thlrn. käuflich überlassen. Die verw. Rockstroh hat sich dabei verbindlich gemacht, die Abtrennung des Glashüttengebäudes sammt anstoßendem Areale von dem ihr eigenthümlich verbleibenden Hauptgrundstücke auszuwirken, namentlich die Genehmigung ihrer Gläubiger zu der Abtrennung beizubringen, und es ist zugleich unter den Contrahenten festgesetzt worden, daß der fragliche Kauf für sie überhaupt nur unter der Voraussetzung verbindlich sein solle, wenn die Genehmigung der Gläubiger zu der Abtrennung zu erlangen wäre.

Diese Genehmigung ist indessen nach Bl. — der obigen Grund- und Hypothekenacten nicht zu beschaffen gewesen; wohl aber hat Kläger, wie Beklagter bei den Einlassungsabschnitten 26. 30. 31. u. 38. in Verbindung mit Bl. — Vol. I b. zugestanden, sich längst vor Ausbruch des Concurses bereits in den Besitz der Glashütte, sowie des miterkauften anstoßenden Areals gesetzt gehabt, die Glasfabrikation wieder aufgenommen und ungefähr ein Jahr nach dem 24. April 1865 auf jenem Areale unter den Augen der verw. Rockstroh, und

ohne daß Letztere Widerspruch dagegen erhoben hätte, das in Rede stehende Pochwerk errichtet.

Nun wird zwar allerdings nach §. 286. des bürgerl. Gesetzbuchs, wie schon nach dem früheren Rechte, ein auf fremdem Grund und Boden errichtetes Gebäude mit seiner Errichtung Bestandtheil des Grund und Bodens, auf dem es errichtet wurde. Allein der Eigenthümer des Grund und Bodens hat, dafern er dem Erbauer des Gebäudes nicht auf Verlangen dessen Wiederwegnahme gestatten will, für letzteres nach §. 287. des bürgerl. Gesetzbuchs, wenn er im redlichen Glauben war, soweit er bereichert ist, wenn er im unredlichen Glauben war, vollen Ersatz zu leisten.

Hiernach kann es nun keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß der Rockstroh'sche Concurs, da derselbe Klägerm die Ausübung des jus tollendi verweigert, Letzteren wegen des fraglichen Pochwerks entschädigen muß. Die betreffende Verbindlichkeit stellt sich aber als eine sogenannte Masseschuld dar. Denn die zu gewährende Entschädigungssumme ist als ein Aequivalent dafür, daß das jus tollendi nicht ausgeübt worden, beziehentlich als Kaufpreis für die Ueberlassung des errichteten Gebäudes, gegen dessen Mitversteigerung Kläger protestirt und eventuell appellirt hatte, aufzufassen.

Im vorliegenden Falle tritt auch noch hinzu, daß Beklagter zur Genüge anerkannt hat, wie es sich, wenn Kläger überhaupt einen Anspruch wegen des Pochwerkes habe, um eine Masseschuld handle. Denn ohne diese Annahme würden die oben unter 3. 4. 5. und 6. mitgetheilten Bestimmungen des Vergleichs vom 29. Juli 1868 kaum erklärlich sein; namentlich ist darauf aufmerksam zu machen, daß zu der Zeit, zu welcher dieser Vergleich geschlossen wurde, der Liquidationstermin längst vorüber war, und daß also bei der Vergleichsbestimmung unter 5. an eine Anmeldung des Entschädigungsanspruchs im Liquidationstermine unmöglich gedacht worden sein kann.

Unter diesen Umständen könnte es sich nur noch fragen, ob die von Klägerm geforderte Entschädigung ihrer Höhe nach bereits in Liquidität beruhe, oder ob es in dieser Beziehung erst noch eines Beweises bedürfe; und auch insoweit hat man zu einer Klägerm günstigen Anschauung gelangen müssen.

Denn die Bestimmung unter 3. des mehrerwähnten Vergleichs läßt sich, wenn man die Worte: „als Aversionalquantum für das Pochwerk", sowie die Worte in der Bestimmung unter 5. „seinen Anspruch auf das quaest. Pochwerk, resp. das dafür ausgeworfene Aversionalquantum" berücksichtigt, auch weiter in Erwägung zieht, daß der Zweck, welchen Beklagter bei dem Vergleiche verfolgt, offenbar der gewesen, den Widerspruch Klägers gegen die Mitversteigerung des streitigen Pochwerks zu beseitigen, und die freie Verfügung über das letztere zu erhalten, nicht anders als dahin verstehen, daß das in der dort näher angegebenen Weise zu berechnende Geldquantum ein für allemal an die Stelle des Pochwerks selbst tre-

ten sollen; die Bestimmung unter 4. des Vergleichs aber hat, wie Kläger Bl. — ganz richtig, insbesondere durch den Hinweis darauf, daß die Befragung der Gläubiger erst nach der Versteigerung erfolgen sollen, dargelegt, nur den Sinn, es solle Klägerm jenes Geldquantum, dafern die zu befragenden angemeldeten Gläubiger damit sich einverstanden erklären würden, ohne Weiteres, dafern aber auch blos ein Gläubiger widerspreche, nicht früher ausgezahlt werden, als bis er, daß die Erbauung des Pochwerks wirklich durch ihn geschehen, nachgewiesen haben werde und, daß er deshalb an den Concurs überhaupt einen Anspruch zu formiren habe, rechtskräftig entschieden sei.

Geht man nun hiervon aus, so hat auch Kläger seinen Anspruch ganz mit Recht auf 284 Thlr. 12 Ngr. berechnet, und es erscheint um so unbedenklicher, ihm diesen Betrag ohne Weiteres zuzubilligen, als sich überdies bei einer Vergleichung der Taxen Bl. — Vol. I a. mit dem Ergebnisse der Versteigerung sehr wohl sagen läßt, daß der Concurs nach Höhe dieses Betrages bereichert sei.

Demnach war unter Abänderung der früheren Erkenntnisse Beklagter ohne Weiteres dem von Klägerm Bl. — Vol. I b. gestellten Antrage gemäß zu verurtheilen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Zimmermann's ÷ den Gütervertreter im Conc. der verw. Rockstroh, vom 30. Dec. 1869. — Ger.-Amt Eibenstock.)

165.

Exsecation eines lebenden Kindes.*)

„Die Klägerin behauptet, es seien in den Aussagen der als Beweiszeugen abgehörten zwei Personen, nämlich des med. pract. Karl W. Bl. — des Actenfascikels sub Lit. H. 655/1869, und Marien Eleonoren vereh. T. Bl. — des gedachten Actenfascikels Urtheile enthalten, welche der erforderlichen thatsächlichen Begründung entbehren. Dem hat man aber nicht beizupflichten vermocht. Beide Zeugen beziehen sich zum Beweise ihrer Behauptung, daß das nach dem Tode seiner Mutter, der vereh. Rühle, zur Welt gebrachte Kind, nach seiner Trennung von dem mütterlichen Leichname, gelebt habe, auf Thatsachen, welche unzweifelhaft als Zeichen des Lebens des Kindes gelten müssen.

Als Sachverständige würden diese Zeugen selbst dann vollen Glauben verdienen, wenn die Thatsachen, auf welche sie ihre Be-

*) Das oben mitgetheilte Erkenntniß bietet zwar ein besonderes juristisches Interesse nicht, erschien aber wegen des ihm zu Grunde liegenden immerhin seltenen thatsächlichen Verhältnisses der Mittheilung in diesen Blättern werth.

hauptung gründeten, solche wären, deren Wahrnehmung eine besondere Fachkenntniß voraussetzte.

Aber die Lebenszeichen, welche die beiden Zeugen an dem Rühleschen Kinde bemerkt haben, sind sogar solche, welche auch von einem Jeden, der nicht Sachverständiger ist, wahrgenommen werden können.

Da die Behauptung der beiden Zeugen, daß das Rühlesche Kind nach seiner Geburt gelebt habe, durch Thatsachen unterstützt wird, so würde das Königliche Oberappellationsgericht kein Bedenken getragen haben, den Beweis des Lebens des Kindes schon durch die beiden abgehörten Zeugen für voll geführt anzusehen. Hierzu tritt aber auch noch das übereinstimmende Gutachten der abgehörten zwei Sachverständigen, des Bezirksarztes Dr. Carl August M. aus Tharand, und des Dr. med. Curt Hugo Ferdinand F. Bl. — des oben bezeichneten Actenfascikels.

Wenn die Klägerin hiergegen anführt, es sei unmöglich, daß ein Kind, welches nach dem Tode der Mutter geboren worden sei, gelebt haben könne, so erledigt sich dieß einmal durch die Aussagen der beiden Zeugen, daß das Rühlesche Kind unverkennbare Zeichen seines Lebens von sich gegeben habe, das andere Mal durch das Gutachten der beiden Sachverständigen, daß das Kind nach seiner Entnahme aus dem Mutterleibe gelebt haben müsse, wenn es die von den Zeugen bestätigten Lebenszeichen von sich gegeben habe. Denn bekanntlich ist zwar ein Schluß von dem posse auf das esse nicht statthaft, wohl aber ein Schluß von dem esse auf das posse."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen verw. Heydrich ÷ Rühle vom Monate November 1869, Gerichtsamt Wilsdruff.) =

166.

Waren für eine eingeklagte Forderung Wechsel verpfändet, so kann der Beklagte nur verurtheilt werden, gegen Herausgabe der Wechsel Zahlung zu leisten.

„Der Beklagte bezweckte mit seiner Appellation gegen die erste Entscheidung Bl. —, wie namentlich aus dem zu deren Begründung Bl. — Gesagten hervorgeht, etwas Weiteres nicht, als eine Wahrung seines Rechts, die geklagte Forderung nur gegen Ausantwortung der verpfändeten Wechsel zu bezahlen. In diesem Sinne war die Appellation vollkommen gerechtfertigt. Man kann die Frage, ob der Pfandschuldner die Zahlung der Pfandschuld so lange zu verweigern berechtigt sei, bis ihm der Pfandgläubiger das Pfand zurückgiebt, in dem vorliegenden Falle dahingestellt sein lassen. Denn die Klägerin hat sich Bl. — zur Herausgabe der verpfändeten Wechsel ausdrücklich erboten, und hierbei muß es unzweifelhaft sein Bewenden haben. Zwar hat der Beklagte im Termine zu Güte und Recht Bl. — die der Klage zu Grunde gelegten Urkunden unter A. B.

und C. recognoscirt und die Klage durchgängig zugestanden, ohne davon Etwas zu erwähnen, daß er nur gegen Herausgabe der verpfändeten Wechsel Zahlung leisten wolle. Aber so viel beruht dessenungeachtet außer Zweifel, daß derselbe sich nicht zu einem Mehreren hat verpflichten wollen, als von der Klägerin gefordert worden war, zumal in dem Termine zu Güte und Recht nicht ein Vergleich geschlossen worden ist, durch welchen der Proceß als beendigt zu betrachten gewesen wäre. Die Parteien haben nämlich nur auf die Absetzung des rechtlichen Verfahrens verzichtet und nur um Anstandnahme mit der Entscheidung bis auf weiteren Antrag gebeten, es hat auch die Klägerin Bl. — auf Ertheilung eines Erkenntnisses angetragen, und es ist diesem Antrage statt gegeben worden, ohne daß die Zustimmung des Beklagten dazu zuvor eingeholt worden wäre. Könnte aber selbst noch nach diesen Vorgängen ein Zweifel darüber vorhanden sein, daß nicht ultra petita zu erkennen gewesen sei, so würde doch wenigstens die von der Klägerin nach Bl. — abgegebene Erklärung, daß sie die verpfändeten Wechsel zurückgegeben habe, entscheidend sein."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Agentur der Weimarischen Bank ÷ Hermann, vom Monate November 1869.*) — Handelsgericht Zittau.)

167.

Dadurch, daß eine Erbschaftsklage in ein Defecturverfahren hinübergeleitet wird, ändert sich an der Natur der Klage Etwas nicht. — Der klagende Miterbe kann zwar, soweit es sich um Erbschaftsforderungen handelt, diese von der Erbtheilung ausschließen, aber eine Verbindlichkeit hierzu hat er nicht.

„Der vorliegende Proceß hat insofern einen eigenthümlichen Gang genommen, als zwar das Klaggesuch Bl. — im Wesentlichen auf Theilung des Nachlasses der am 12. Mai 1868 verstorbenen Ehefrau des Beklagten gerichtet, der Proceß aber, nachdem der Beklagte Bl. — ein Nachlaßverzeichniß herausgegeben hat, in ein Defecturverfahren hinübergeleitet worden ist, und die beiden vorigen Instanzen über die Erinnerungen erkannt haben, welche die Klägerin gegen das von dem Beklagten edirte Nachlaßverzeichniß gezogen hat. Nichtsdestoweniger läßt sich nicht behaupten, daß der ursprüngliche Zweck der Klage Bl. — sich gänzlich erledigt habe, das von dem Beklagten herausgegebene Nachlaßverzeichniß nicht mehr die Grundlage für das judicium familiae erciscundae bilden könne und auf die Erinnerungen,

*) In vierter Instanz bestätigt mittelst Urthels vom 22. Januar 1870.

welche die Klägerin gegen das Nachlaßverzeichniß gezogen hat, nur insoweit Rücksicht zu nehmen sei, als sie dahin gehen, daß der Beklagte, als Besitzer des Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau, nicht alle körperliche Sachen verzeichnet habe, welche seiner Ehefrau zur Zeit ihres Ablebens gehört haben. Vielmehr ist auch noch jetzt die Eigenschaft der Klage Bl. —, als einer actio familiae erciscundae, maßgebend, indem das Defecturverfahren ein integrirender Theil des judicium universale ist und namentlich die Bestimmung hat, den Bestand der zu vertheilenden Erbschaft in Gewißheit zu setzen.

Eine Erbschaft besteht nicht blos aus körperlichen Sachen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes besessen hat, sondern auch aus Forderungen, welche demselben zugestanden haben, und aus Verbindlichkeiten, welche derselbe zu erfüllen gehabt hat. Denn Erbschaft ist die Gesammtheit des Vermögens eines Verstorbenen. Hat nun aber das judicium familiae erciscundae den Zweck, die Erbschaft unter die Miterben zu vertheilen, so ergiebt sich von selbst, daß, bevor von einer Vertheilung der Erbschaft die Rede sein kann, außer Zweifel beruhen muß, was zu der Erbschaft gehört und wie hoch sich die Theilungsmasse berechnet.

Das erste Monitum Bl. —, um welches es sich noch allein handelt, betrifft eine Erbschaftsforderung von 625, beziehentlich 560 Thalern, welche dadurch entstanden sein soll, daß die Erblasserin dem Beklagten diese Summe inferirt habe. Nun würde zwar die Klägerin nach dem Grundsatze: nomina sunt ipso jure divisa, das Recht gehabt haben, diese Forderung von der Erbtheilung auszuschließen und nach Verhältniß ihres Erbtheiles wider den Beklagten, als Schuldner der Erbschaft, zu klagen. Aber eine Verbindlichkeit dieß zu thun, hatte sie nicht. Der Beklagte kann, wenn eine Forderung, deren Schuldner er selbst ist, mit in die Erbtheilung gezogen wird, denkbarer Weise, z. B. wenn der ihm zukommende Erbtheil auf seine Schuld gerechnet wird, einen Vortheil, nie aber einen Nachtheil haben.

Wenn es unter diesen Verhältnissen kein Bedenken haben kann, die Klägerin zu dem Beweise zu lassen, daß der Beklagte ein Illatum von der angegebenen Höhe zu restituiren habe, so bedarf es nicht erst der Bemerkung, daß die Klägerin, als Miterbin, nicht mehr Rechte haben kann, als die Erblasserin selbst gehabt hat. Letztere hätte, wenn sie in einem geeigneten Falle ihr Einbringen hätte zurückfordern wollen, die Illation zu beweisen gehabt. Mithin liegt dieser Beweis auch der Klägerin ob. Daß die Erblasserin, obschon sie Vermögen gehabt, dem Beklagten Etwas nicht inferirt habe oder, wegen Recepticienvertrages, nicht zur Illation verpflichtet gewesen sei, bildet nicht einen indirecten, sondern einen directen Gegenbeweis. Zum indirecten Gegenbeweise würde die Thatsache gehören, daß, obschon eine Illation stattgefunden habe, der Beklagte nicht zur Restitu-

tion verpflichtet sei, z. B. wenn die Erblasserin sich ihr Einbringen hätte zurückgeben lassen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Gruschwitz ÷ Gerber, vom Monate November 1869. Gerichtsamt Reichenbach.) =

168.

Ueber die zur Abweisung einer Klage gebräuchlichen Urthelsformeln und deren Unterschied.*)

Die Urthelsformel „die Klage hat nicht statt, oder schlechterdings oder in der angebrachten Maße nicht statt" hat den Sinn, daß die Klage durch die in ihr aufgestellten thatsächlichen Behauptungen nicht gerechtfertigt werde und daß, wenn der Kläger eine anderweite Klage anstelle, den Fehlern, wegen deren die Abweisung ausgesprochen worden ist, abzuhelfen sei. In so weit besteht, von der nicht gebräuchlichen Formel „die Klage hat nicht statt" abgesehen, zwischen der Abweisung „schlechterdings" und „in der angebrachten Maße" kein Unterschied. Dagegen wird gewöhnlich behauptet, in der Formel „schlechterdings" liege zugleich der Gedanke, es seien die Fehler der Klage so wesentlich, daß denselben auch in einer anderweiten Klage nicht abgeholfen werden könne, wogegen diese Möglichkeit bei der Abweisung „in der angebrachten Maße" zugegeben werde. Sofort auf den ersten Anblick muß einleuchten, daß, wenn durch die Wahl der Abweisungsformel über Dasjenige, was möglich sei, entschieden werden soll, eine Frage in den Gesichtskreis gezogen wird, welche für die Beurtheilung einer angestellten Klage ganz fremd ist, indem es sich doch nur darum handeln kann, ob die Klage, wie sie gefaßt ist, statt hat, nicht aber darum, ob eine bessere Fassung der Klage denkbar ist. Insbesondere würde, wenn man den Zweck der Entscheidung darin finden wollte, daß der Kläger darüber belehrt werden sollte, wie er sein vermeintliches Recht geltend machen könnte, der richterlichen Thätigkeit jeder fester Boden entzogen werden, indem die Entscheidung sich nicht darauf zu beschränken hätte, ob in dem concreten Falle ein Recht als entstanden zu betrachten sei, sondern in jedem Falle zugleich untersucht werden müßte, ob, wenn der concrete Fall sich anders gestaltet hätte, das von dem Kläger behauptete Recht hätte entstehen können. Wollte man nun selbst annehmen, es wären die Formen, in welchen ein Recht zur Entstehung gelangen könnte, überhaupt zu erschöpfen, so wäre doch wenigstens nicht abzusehen, welcher Vortheil damit erreicht werden sollte. Die Entscheidung kann nur die Frage beantworten, ob das geklagte Recht durch die in der Klage angegebenen Thatsachen begründet worden sei, und wird diese Frage verneint, so liegt darin zugleich, daß das Recht durch die zu dessen Begründung angeführten Thatsachen nicht begründet worden sein könne. Richtiger dürfte es daher sein, die Formel „die Klage hat schlechterdings nicht statt" gänzlich zu vermeiden.

*) Wochenblatt f. m. R. Jahrg. 1870. S. 301 ff.

Wenn aber dessenungeachtet in der Praxis die Ansicht, es könne eine Klage auch mit dieser Formel abgewiesen werden, Platz gefunden hat, so muß dieselbe wenigstens auf die Fälle beschränkt werden, in welchen ganz unzweifelhaft vorliegt, es sei die Begründung der Klage ganz unmöglich. In dem concreten Falle wird sich freilich immer noch darüber streiten lassen, ob die Formel angemessen sei. Im Wesentlichen wird eine Unmöglichkeit einer Klage nur dann anzunehmen sein, wenn ein Rechtsverhältniß, wie es in der Klage behauptet worden ist, gar nicht gedacht werden kann, z. B. wenn die Sache, welche vindicirt wird, gar nicht existirt, nicht existiren kann, nicht im Verkehre steht, oder wenn die Forderung, auf deren Erfüllung geklagt wird, den Gesetzen oder guten Sitten widerspricht.

Soviel den vorliegenden Fall anlangt, so liegt auf der Hand, daß ein Anspruch, wie der Kl. — geltend gemachte, nicht für undenkbar zu achten sei, indem, wenn die Klage auf Alimentation des Kindes der Klägerin nicht auf das Gesetz basirt werden kann, doch immerhin nicht ausgeschlossen ist, daß dieselbe auf andere Weise, z. B. durch Beziehung auf Vertrag, begründet werden könnte.

Allerdings dürfte kaum anzunehmen sein, daß die erste Instanz, indem sie das Suchen der Klägerin schlechterdings abwies, habe aussprechen wollen, es sei ein Anspruch, wie der geklagte, rechtlich unstatthaft. Indessen ließ die Formel doch diese Erklärung zu und, wenn die Klägerin aus diesem Grunde wider die erste Entscheidung appellirte, so konnte die zweite Instanz nur entweder der Formel „schlechterdings" die Formel „in der angebrachten Maße" substituiren, oder eine declaratoria dahin geben, daß die Abweisung „schlechterdings" hier nur auf die geringe Wahrscheinlichkeit zu beziehen sei, es werde die Klägerin ihre Klage factisch zu begründen vermögen. Wählte sie das Erstere, so konnte dieß wenigstens keine Beschwerde für den Beklagten enthalten.

Ergiebt sich hieraus, daß die Appellation des Beklagten, soweit sie darauf gerichtet ist, es möchte die Abweisungsformel der ersten Instanz wieder hergestellt werden, einer rechtlichen Beachtung nicht werth ist, so sieht sich das Königliche Oberappellationsgericht, der kategorischen Vorschrift der Proceßnovelle vom 13. März 1867 Nr. VII. gegenüber, außer Stande, an dem zweiten Urthel in Beziehung auf den Kostenpunkt Etwas zu ändern. Dem Beklagten wäre, hätte er sich der Gefahr, die Kosten der zweiten Instanz zu bezahlen, entziehen wollen, unbenommen gewesen, sich damit einverstanden zu erklären, daß die Abweisungsformel der ersten Instanz von dieser per correctoriam berichtigt werden möchte.

Soviel die Entscheidung über die Kosten der gegenwärtigen Instanz anlangt, so schlägt die Bestimmung der Proceßnovelle vom 13. März 1867 Nr. VII. ebenfalls ein; es ist jedoch die Appellation des Beklagten in der That ein Ergebniß muthwilliger Streitsucht, da

doch so viel klar vorliegt, daß der Beklagte kein Interesse daran haben kann, ob das Suchen der Klägerin „schlechterdings" oder „in der angebrachten Maße" oder, wie es wohl auch mitunter geschieht, „schlechterdings in der angebrachten Maße" abgewiesen wird."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der verehel. Seyfert ÷ Günther, vom Monate November 1869. Gerichtsamt Glauchau.) =

169.

Von einer Forderung, zu deren Erweise ein verjährter Wechsel beigebracht wird, läßt sich nicht sagen, daß sie in einer für den Executionsproceß hinreichenden Weise liquid gemacht worden sei.

(Aus einem Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Schäfer ÷ Uhlmann, vom Monate November 1869. Bezirksgerichtsamt Chemnitz.) =

170.

Ueber die Art und Weise der Bezeichnung des Bedachten in einem letzten Willen. Bürgerl. Gesetzbuch §. 2081. — Die Anordnung des Erblassers, daß ein Vermächtniß von einer bestimmten Hypothekenforderung bezahlt werden solle, ist nicht als eine, bez. theilweise, Ueberweisung der Letzteren an den Bedachten aufzufassen.

„Soviel zunächst die Verneinung der Beklagten zu den Einlassungsabschnitten 3. bis 10. Bl. — anlangt, so hat die vorige Instanz Bl. — bereits ganz richtig auf die Vorschrift des §. 2081. des bürgerl. Gesetzbuchs hingewiesen, nach welcher es keineswegs einer Namhaftmachung des Bedachten bedarf, sondern eine Bezeichnung desselben durch Angabe von Merkmalen und Eigenschaften hinreicht und selbst ein hierbei vorgekommener Irrthum nur dann als ein wesentlicher zu betrachten ist, wenn sich die wahre Absicht des Erblassers nicht erkennen, auch sonst nicht ermitteln läßt. Diese Vorschrift, welche im Commentar zum bürgerl. Gesetzbuche ed. II. Bd. 3. S. 259. noch weiter ausgelegt wird, hat ihren Grund in dem allgemeinen Satze, daß es bei der Interpretation letzter Willen lediglich auf die mens testatoris ankommt und jede letztwillige Verfügung gilt, von welcher nach den Umständen anzunehmen ist, daß sie dem Willen des Erblassers entspricht, dagegen jede letztwillige Verfügung nicht gilt, von welcher nachgewiesen werden kann, daß sie von dem Erblasser nicht gewollt worden ist (§§. 2079. bis 2083. 2155. bis 2160. und Commentar a. a. O. S. 257 f. S. 289 f.).

Wenn nun der Erblasser der Beklagten in seinem Testamente Bl. — unter Nr. 4. 5. 6. sieben Kinder seines Bruders Carl

August G. in Freiberg mit Vermächtnissen bedachte, aus der Zahl dieser Bruderskinder Eins, Ernst G., unter Nr. 4. und 5. namentlich nannte und hierauf unter Nr. 6. fortfuhr: „Weiter vermache ich den übrigen sechs Kindern meines Bruders Carl August G. u. s. w.", so liegt auf der Hand, daß, wenn durch die kirchlichen Zeugnisse Bl. — nachgewiesen wird, es seien zur Zeit der Errichtung des Testamentes und zur Zeit des Ablebens des Erblassers sieben Kinder des genannten Bruders desselben am Leben gewesen, von welchen Eins den Namen „Ernst" geführt habe, es zur Legitimation der übrigen sechs eines weiteren Nachweises, als desjenigen ihrer Existenz, nicht bedurfte. Die Angabe der Vor- und Zunamen der Legatarien war unter diesen Verhältnissen etwas Ueberflüssiges, und wenn der Erblasser dessenungeachtet die bereits mit ausreichender Bestimmtheit bezeichneten Legatarien noch mit ihren Vor- und Zunamen aufführte, so geschah dieß offenbar nur, um jeden Zweifel über die Personenidentität auszuschließen. Ein Irrthum, welcher hierbei mit unterlief, war an sich leicht erklärlich, aber auch, wenn er nachgewiesen wurde, unwesentlich, weil in Gewißheit beruhte, daß der Erblasser durch die unter Nr. 6. getroffene Verfügung die Kinder seines Bruders, Carl August G. in Freiberg, mit Ausnahme des vorher genannten „Ernst", zu honoriren beabsichtigt hatte.

Anlangend ferner den Einwand der Beklagten Bl. —, es habe nicht auf Auszahlung nebst Verzugszinsen, sondern nur auf Ueberweisung eines entsprechenden Antheils an der hypothekarischen Forderung, welche für den Erblasser auf dem Grundstücke des Vaters der Kläger gehaftet habe, geklagt werden können, so stimmt man in der gegenwärtigen Instanz den Rationen Bl. — durchgängig bei. Was die Beklagte hiergegen sagt, verdient aus nachstehenden Gründen keine Beachtung.

Die Fassung der letztwilligen Verfügung Bl. —, aus welcher hervorgeht, daß die den Klägern ausgesetzten Geldbeträge drei Jahre nach dem Tode des Erblassers oder, wenn ein Vermächtnißnehmer sich vorher etabliren oder verheirathen sollte, zu dieser Zeit von der Erbin bezahlt werden sollten, schließt die Annahme aus, daß der Erblasser die auf dem Grundstücke seines Bruders haftende Hypothek entweder als ein ihm zustehendes Recht an einer fremden Sache in Gemäßheit der §§. 2451. bis 2455. des bürgerl. Gesetzbuchs (man vergl. Commentar a. a. O. S. 395 f.) oder als eine ihm gehörige Forderung in Gemäßheit des §. 2477. des bürgerl. Gesetzbuchs (man vergl. Commentar a. a. O. S. 404.) zu vermachen beabsichtigt habe. Denn die Verbindlichkeit des Erben zur Bezahlung eines Vermächtnisses (legatum damnationis) kann neben dem unmittelbaren Uebergange eines Rechts an einer Sache oder einer Forderung auf den Legatar (legatum vindicationis) nicht bestehen. Wenn der Erblasser dessenungeachtet noch den Zusatz machte, daß die unter Nr. 6. angeordneten Vermächtnisse von demjenigen Hypothekencapitale gewährt

werden sollten, dessen er unter Nr. 9. Erwähnung gethan habe, so kann dieß nur demonstrationis causa geschehen sein, um der Beklagten die Mittel anzugeben, mit welchen sie zur Verfallzeit der Vermächtnisse ihrer Verbindlichkeit zur Zahlung genügen könne. Wollte man aber auch in diesem Zusatze noch etwas Mehreres finden, so würde doch wenigstens darin nicht eine Beschränkung der Legate, sondern eine Verschärfung der Zahlungspflicht der Erbin zu erblicken sein. Da nämlich es an jedem Anhaltepuncte dafür fehlt, daß das angegebene Consenscapital die Masse habe bilden sollen, aus welcher die den Klägern ausgesetzten Vermächtnisse zu bezahlen gewesen sind (§. 2445. des bürgerl. Gesetzbuchs), so kann die Absicht des Erblassers nicht dahin gegangen sein, es solle das Consenscapital auf Gefahr der Legatare stehen bleiben und es seien die Vermächtnisse der Kläger blos dann, wenn das Capital eingehe, und blos so weit, als es wirklich eingehe, zu bezahlen. Wohl aber wäre nicht ausgeschlossen, daß der Zusatz den Sinn haben könnte, es solle die Erbin dieses Capital nicht vor der Verfallzeit der Legate erheben und sich nicht dadurch der erforderlichen Zahlungsmittel berauben. In jedem Falle würde, wäre selbst der Zusatz in einem für die Beklagte günstigen Sinne auszulegen, daraus nur höchstens soviel gefolgert werden können, daß, wenn das in Frage begriffene Consenscapital, ohne eine Verschuldung der Beklagten, ganz oder zum Theil verloren gegangen wäre, die Verbindlichkeit der Beklagten zur Zahlung der Legate ganz oder zum Theil zu existiren aufgehört hätte. Aber selbst bei dieser, wie oben gedacht, nicht einmal gerechtfertigten Auffassung würde die Exception der Beklagten thatsächlich nicht begründet sein."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Görne & Gen. ÷ verehel. Krause, vom Monate November 1869. Bezirksgerichtsamt Dresden.)

171.

Zur Lehre von dem Contocorrentverhältnisse. — Ueber die Frage, ob durch die acceptirte Tratte das Recht des Trassaten begründet werde, von dem Trassanten die Wiedererstattung des von ihm Bezahlten zu fordern. — Die Einrede der Compensation ist nur dann begründet, wenn die Gegenforderung, mit welcher compensirt werden soll, noch besteht. —

„Man kann die Frage, ob ein Contocorrentverhältniß nur unter Kaufleuten oder wenigstens blos dann statt habe, wenn Derjenige, welcher einem Andern einen Credit eröffnet, ein Kaufmann ist, in dem vorliegenden Falle dahingestellt sein lassen, weil, wenn man selbst annimmt, es könne ein Contocorrentverhältniß auch unter Nichtkaufleuten bestehen, an dem Begriffe dieses Verhältnisses Etwas nicht geändert werden kann. Immer würde vorauszusetzen sein, daß die

Interessenten in einer gegenseitigen Ab- und Zurechnung oder in einer Geschäftsverbindung gestanden hätten, vermöge deren die gegenseitigen Ansprüche und Gegenansprüche von Zeit zu Zeit zum Zwecke der Feststellung eines dem Einen oder dem Anderen zukommenden Saldo hätten aufgerechnet werden sollen.

Der Beklagte hat, daß ein solches Contocorrentverhältniß, dessen Zwecke es allerdings widersprechen würde, wenn aus dem gesammten Rechnungswerke eine einzelne Post zum Gegenstande eines besonderen Processes gemacht würde, zwischen ihm und dem Kläger bestanden habe, nicht zu behaupten vermocht. Was er Bl. — anführt, reducirt sich auf die Behauptung, daß er und der Kläger seit dem Jahre 1853 sich gegenseitig mit Gelde ausgeholfen, Verläge für einander bestritten und Käufe mit einander geschlossen haben.

Dieß sind aber mehrere einzelne für sich bestehende Geschäfte gewesen, welchen es an einem Zusammenhange gefehlt hat, wie er bei dem Contocorrentverhältnisse erfordert wird. Insbesondere besteht der Unterschied zwischen den mehreren einzelnen Geschäften, welche in einer gewissen Zeit von denselben Personen geschlossen werden, und den mehreren Geschäften, welche ein Contocorrentverhältniß ausmachen, darin, daß durch jene Forderungen und Gegenforderungen begründet werden, welche sich nach den gesetzlichen Vorschriften über die Compensation ausgleichen können, diese dagegen schon nach der Absicht der Interessenten den Zweck haben, einzelne Posten einer erst künftig anzustellenden Berechnung zu bilden.

Ist unter diesen Verhältnissen der Ansicht der vorigen Instanz Bl. —, daß die Ausflucht Bl. — nach dem von dem Beklagten dafür aufgestellten Gesichtspuncte nicht begründet sei, beizutreten, so hat auch der Beklagte in seiner Appellationsdeduction Bl. — etwas nicht zu sagen vermocht, was eine Abänderung des angefochtenen Urthels zu rechtfertigen vermöchte.

1) Der Beklagte hat der Klage soweit sie das Darlehn der 300 Thlr. zum Gegenstande hat, Bl. — die Einrede der Zahlung entgegengesetzt, und zu deren Begründung angeführt:

> Nachdem er am 1. October 1868 von dem Kläger 300 Thlr. dargeliehen erhalten gehabt, habe er, als gleichzeitiger Inhaber der Firma: G. Z. in Berlin, den Bl. — in Abschrift befindlichen, mit seinem Accepte versehenen Wechsel an den Kläger übergeben, der Kläger habe den Wechsel inhalts seines in tergo ersichtlichen Indossaments als Zahlung an den Pferdehändler Schr. weiterbegeben; es sei auch darauf nach Ausweis des auf der Rückseite befindlichen Zahlungsbekenntnisses der Wechsel von ihm, dem Beklagten, als Trassaten und Acceptanten, zur Verfallzeit eingelöst worden.

Die Behauptung des Beklagten, es sei das Darlehn der 300 Thlr. mit dem Wechsel Bl. — bezahlt worden, findet in diesem Wechsel

keine Bestätigung. Es ist dieß eine von dem Kläger an eigne Ordre gestellte, auf den Beklagten gezogene und von diesem angenommene Tratte, auf deren Rückseite sich ein Giro in bianco des Klägers, hierauf ein ausgefülltes Giro Schr.'s auf N. H. & Co. und ein von den zuletzt gedachten Giratären ausgestelltes Zahlungsbekenntniß befindet. Der Wechsel kann hiernach nicht von dem Beklagten, welcher nie Inhaber desselben gewesen ist, an Zahlungsstatt für eine Forderung des Klägers gegeben worden sein und wenn der Kläger in der Replik Bl. —, und zwar in höchst unklarer Weise, die Sache so dargestellt, als ob er von dem Beklagten einen Wechsel gekauft habe, so liegt auf der Hand, daß, wenn die Replik auf den von dem Beklagten beigebrachten Wechsel Bezug haben sollte, der Kläger sich in einem factischen Irrthum befunden haben müßte.

Da unter diesen Umständen davon, daß der Beklagte dem Kläger einen Wechsel gegeben habe, keine Rede sein kann, so erledigt sich auch die Frage, ob, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger einen Wechsel an Zahlungsstatt übergiebt, im Zweifel anzunehmen sei, daß die Schuld dadurch habe getilgt werden sollen.

Die Einrede des Beklagten läßt sich nur aus dem Gesichtspuncte der Compensation in so fern aufrecht erhalten, als der Beklagte, wenn er einen von dem Kläger auf ihn gezogenen Wechsel angenommen und bezahlt hätte, unter den sonstigen Voraussetzungen berechtigt sein würde, von dem Kläger die Wiedererstattung des für diesen Bezahlten (vermöge des in der Ziehung liegenden Zahlungsauftrages) zu fordern. Soviel nun das Verhältniß des Trassaten und Acceptanten zu dem Trassanten betrifft, so wird zwar im Art. 23. der allgem. deutschen Wechselordnung bestimmt, daß der Trassat aus dem Acceptе auch dem Trassanten wechselmäßig haftet, dem Trassaten jedoch kein Wechselrecht gegen den Trassanten zusteht. Allein verschieden von der Frage, ob der zur Begründung der s. g. Revalirungsklage producirte Wechsel eine geeignete Grundlage für den Wechselproceß bilde, ist die Frage, ob durch den Wechsel das Recht des Trassaten von dem Trassanten die Wiedererstattung des Bezahlten zu verlangen, wenigstens in dem Ordinarprocesse, bewiesen werden könne. Wird nämlich diese letztere Frage bejaht, so hätte der Trassat, welcher die Revalirungsklage wider den Trassanten anstellt, etwas Weiteres nicht zu beweisen, als daß der Wechsel auf ihn gezogen und zur Verfallzeit von ihm bezahlt worden sei, während der Trassant, wenn er dessenungeachtet die Klage bestritt, zu beweisen hätte, daß er in dem gerade vorliegenden Falle, z. B. weil er mit Beziehung auf eine ihm an den Trassaten zustehende Forderung trassirt habe, zur Restitution des auf seinen Wechsel Bezahlten nicht verbunden sei. Wird dagegen die angegebene Frage verneint, so hat der Trassat, welcher die Revalirungsklage erhebt, nicht blos die Aechtheit des Wechsels und die von ihm geleistete Zahlung, sondern auch den Grund der Restitutionsverbindlichkeit des Trassanten zu beweisen. Eine bestimmte Meinung über diese Frage

hat sich in den Ländern, in welchen die allgem. deutsche Wechselordnung gilt, zur Zeit noch nicht gebildet. Für deren Bejahung haben sich von den Wechselrechtslehrern Renaud (Wechselrecht ed. II. S. 100. Note 3.), Thöl (Wechselrecht ed. II. S. 221 f.), Hoffmann (die allgem. deutsche Wechselordnung S. 316.) und Kletke (Encyclopädie des europäischen Wechselrechts Bd. 2. S. 611.), von den obersten Gerichtshöfen die Oberappellationsgerichte Lübeck und Wolfenbüttel (Seufferts Archiv Bd. 14. No. 105. und Bd. 17. No. 106.), für deren Verneinung von den Wechselrechtslehrern Voigt (im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. 3. S. 453.) und von den obersten Gerichtshöfen namentlich das Geheime Obertribunal zu Berlin (Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 10. S. 416., Borchardt, die allgem. deutsche Wechselordnung Note 280. ed. V. S. 174.) ausgesprochen. Soviel das Oberappellationsgericht Dresden betrifft, so hat dasselbe (Annalen N. F. Bd. 2. S. 547 f.) auch noch in der neuesten Zeit an der Ansicht festgehalten, daß der Acceptant der Tratte gegen den Trassanten im Zweifel die actio mandati contraria habe, mittelst welcher er die Wiedererstattung des auf den Wechsel Bezahlten im Ordinarprocesse zu fordern berechtigt sei.

Folgte man nun dieser zuletzt angegebenen Meinung, so könnte es allerdings den Anschein gewinnen, als wäre nicht dem Beklagten der Beweis seiner Compensationseinrede, sondern dem Kläger der Beweis seiner Replik Bl. —, daß er dem Beklagten zur Deckung des auf diesen gezogenen Wechsels 200 Thlr. bezahlt habe, aufzulegen, zumal der Kläger noch ausdrücklich zugestanden hat, er sei dem Beklagten auf den fraglichen Wechsel noch die Summe von 100 Thlrn. schuldig und es stehe daher dem Beklagten das Recht zu, diesen Betrag an den geklagten Forderungen zu kürzen. Indessen hat man es doch nach dem proceßrechtlichen Stande der Sache bei dem vorigen Urthel, welches dem Beklagten den Beweis seiner Einrede, daß das Darlehn der 300 Thlr. durch den Wechsel Bl. — getilgt worden sei, auferlegt hat, bewenden lassen. Zunächst nämlich hat der Beklagte seine Einrede darauf gegründet, daß er durch die Einlösung des Wechsels die Darlehnsschuld der 300 Thlr. bezahlt habe. Sodann ist weiter zu berücksichtigen, daß der Beklagte seine Ausflucht der Zahlung oder Compensation zu beweisen hat, in der Replik Bl. — aber ein die Ausflucht in ihrem ganzen Betrage umfassendes Geständniß nicht enthalten ist. Endlich fällt in die Wagschale, daß der Beklagte nirgends darauf Bezug genommen hat, es sei ein Auftragsverhältniß gewesen, vermöge dessen er den von dem Kläger auf ihn gezogenen Wechsel acceptirt und bezahlt habe, die Vermuthung aber, welche für dieses Auftragsverhältniß spricht, nicht so weit ausgedehnt werden darf, daß ihr auch selbst dann eine Bedeutung für die Beweislast beigelegt werden könnte, wenn der Trassat und Acceptant selbst anführt, er habe in Beziehung auf den Wechsel in einem ganz anderen Obligationsverhältnisse zu dem Trassanten gestanden.

2) Soviel die Einrede Bl. — unter a. anlangt, es sei der Kläger dem Beklagten die dort speciell angegebenen Kaufpreise schuldig geworden und es stehe daher dem Beklagten die Einrede der Compensation wider die geklagten Forderungen zu, so hat die vorige Instanz Bl. — ganz richtig darauf aufmerksam gemacht, daß die Erklärung des Klägers Bl. —, er habe die dort angegebenen Gegenstände um die beigesetzten Preise zwar gekauft, jedoch den Kaufpreis sofort bezahlt, nicht als eine illiquide Replik wider eine liquide Einrede zu betrachten sein kann, indem die Einrede der Compensation nur dann begründet ist, wenn die Gegenforderung, mit welcher compensirt werden soll, noch besteht und daher die Behauptung des Klägers, die Gegenforderung habe zwar früher einmal bestanden, sei aber bereits wieder erloschen, etwas Weiteres nicht enthält, als eine Verneinung der Einrede der Compensation."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Pauli ÷ Zöppel, vom Monate November 1869. Gerichtsamt Lengefeld.) =

172.

Die Indossirung eines von dem Ehemanne ausgestellten und auf die Ehefrau girirten Wechsels Seiten der Letzteren enthält nicht eine Verbürgung für ihren Ehemann, sondern ist eine Veräußerung des Wechsels.

„Zur Rechtfertigung der vorstehenden Entscheidung genügt eine Verweisung auf das Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 18. S. 251 f., wo die Frage, in wie weit gegen einen Wechsel die Einrede, daß darin eine ungültige eheweibliche Bürgschaft für den Ehemann verborgen sei, geltend gemacht werden könne, umständlich behandelt worden ist. Dort wird nämlich gezeigt, daß, wenn eine Ehefrau ohne den Ehemann einen Wechsel ausstellt oder indossirt, es nur darauf ankommen kann, ob die Ehefrau zu dem Acte der Ausstellung oder der Indossirung der Einwilligung des Ehemannes bedurft habe, indem in diesen Acten eine Veräußerung des Wechsels durch dessen Uebergabe auf Grund eines über denselben geschlossenen Rechtsgeschäfts enthalten ist. In dem vorliegenden Falle hat die Beklagte zu dem Blancoindossamente Bl. — der Einwilligung ihres Ehemannes nicht bedurft, weil sie nach dem Zeugnisse Bl. — und nach ihrer eigenen Angabe Bl. — und Bl. — eine Handelsfrau ist und die Indossirung eines Wechsels, wenigstens bis zum Beweise des Gegentheils, zu den Geschäften gehört, welche eine Handelsfrau auch ohne Concurrenz ihres Ehemannes gültig schließen kann. Daß der Wechsel, welchen die Beklagte girirte, von ihrem Ehemanne an eigne Ordre gezogen und mittelst Giro's auf sie, die Beklagte, übertragen worden war, steht der vollen Wirksamkeit des Indossaments der Beklagten nicht entgegen. Denn der Indossant tritt nicht zu der Ver-

pflichtung des Wechselausstellers hinzu, sondern übernimmt, wenigstens in der Regel, gegen Gewährung der Valuta, eine ganz selbstständige Verpflichtung.

Hieraus ergiebt sich, daß die Beklagte mit Unrecht behauptet, es liege in ihrem Indossamente eine ungültige Verbürgung für ihren Ehemann. Nach dem §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuchs wird die Beobachtung der dort vorgeschriebenen Form nur zu Rechtsgeschäften erfordert, durch welche sich die Ehefrau für den Ehemann verpflichtet. Eine Ehefrau aber, welche einen von ihrem Ehemann ausgestellten und auf sie girirten Wechsel indossirt, verpflichtet sich nicht für den Ehemann, sondern veräußert den Wechsel. Zur Gültigkeit dieser Veräußerung kann es der Beobachtung der im angegebenen §. des bürgerl. Gesetzbuchs vorgeschriebenen Form nicht bedürfen, weil außer allem Zweifel beruht, daß es keine Verpflichtung der Ehefrau für ihren Ehemann enthält, wenn die Ehefrau einen ihr gehörigen Gegenstand veräußert um von dem Erlöse Schulden des Ehemannes zu bezahlen, wenn sie, ohne sich vorher verpflichtet zu haben, Schulden des Ehemanns bezahlt, wenn sie ihren Schuldner delegirt (l. 5. l. 8. §. 3. D. ad Sct. Vellej., l. 17. Cod. de solut., pr. Inst. quibus mod. tollitur oblig., l. 26. §. 2. D. mand., Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch ed. II. Bd. 3. S. 56 f.).

Wie bereits im Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht a. a. O. S. 252. bemerkt wird, kann eine Verpflichtung der Ehefrau für den Ehemann nur in dem Rechtsgeschäfte liegen, vermöge dessen die Ehefrau den Wechsel, durch Ausstellung oder Indossament, begeben hat, z. B. wenn vereinbart worden wäre, es solle die Ehefrau die Regreßpflicht für den Ehemann übernehmen. Aber auch hier würde lediglich ein obligatorisches Rechtsverhältniß begründet werden, welches auf den Wechsel selbst keinen Einfluß haben könnte. Namentlich würde der Unterschied zwischen der absoluten Haftpflicht für den Wechsel und der aus dem Rechtsgeschäfte über den Wechsel hervorgehenden Obligation in so fern wirksam sein, als die Ehefrau nur gegen Denjenigen die Einrede der ungültigen Bürgschaft haben könnte, mit welchem sie contrahirt hätte, während Dritte, welche den Wechsel später erworben haben, nur etwa im Falle eines dolus einen Rechtsnachtheil erleiden könnten."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen Manegold ÷ verehel. Schulze vom Monate November 1869. Handelsgericht Leipzig.) =

173.

Voraussetzungen der Zulässigkeit der Klage aus einem verloren gegangenen Wechsel wider den Acceptanten Seiten des Inhabers des Wechsels. — Die Vorschrift in Art. 73. der allgem. deutschen Wechselordnung leidet auf domicilirte Wechsel nicht Anwendung. — Ueber Art. 83. der allgem.

deutschen Wechselordnung. — Ein domicilirter Wechsel, welcher zur Verfallzeit nicht bei dem Domiciliaten präsentirt bez. protestirt wird, verliert auch dem Acceptanten gegenüber seine Giltigkeit.

„Soviel den Anspruch des Liquidanten C. im Betrage von 1000 Thlrn. anlangt, so hatte die erste Instanz Bl. — Vol. III. erkannt,

es habe C., soviel die Forderung der 1000 Thlr. aus einem angeblich verlorenen unter ⊙ abschriftlich beigebrachten, jedoch von dem Liquidaten nicht anerkannten Wechsel vom 1. April 1868 betreffe, die Richtigkeit dieser Forderung und die behauptete Abtretung dieses Anspruchs, dem Liquidaten der Gegenbeweis und der Eidesantrag vorbehältlich, zu beweisen,

es bleibe dem Liquidaten unbenommen, die von ihm Bl. — des Liquidationsfascikels Nr. 14. vorgeschützte Einrede der Zahlung nach Höhe von 1400 Thlrn., dem Liquidanten der Gegenbeweis vorbehältlich, darzuthun,

es ergehe hierauf wegen Location der vorstehend erwähnten Wechselforderungen (nämlich 3000 Thlr., 1000 Thlr., 500 Thlr., 600 Thlr. aus eigenen Wechseln des Gemeinschuldners und 1000 Thlr. aus dem obengedachten verlorenen domicilirten Wechsel) ferner, was Recht sei,

es seien diese Forderungen in neunter Classe und zwar aus dem Erlöse der auf den Folien 2. 5. 6. 17. des Grund- und Hypothekenbuchs für Zaschwitz und auf Folium 31. des Grund- und Hypothekenbuchs für Tollschütz eingetragenen, nothwendiger Weise versteigerten Grundstücke zu befriedigen,

es bleibe jedoch die Entscheidung darüber, ob die Erklärung des Liquidanten Bl. — des Liquidationsfascikels Nr. 14. als genügende Sicherstellung der Concursgläubigerschaft im Sinne des Art. 73. der allgem. deutschen Wechselordnung anzusehen und die auf die Wechselforderung von 1000 Thlrn. entfallende Perceptionsrate an den Liquidanten oder dessen Rechtsnachfolger auszuzahlen oder bis zu anderweiter genügender Sicherheitsleistung im Depositum des Concursgerichts zu asserviren sei, dem Enderkenntnisse vorbehalten,

dagegen habe das Suchen dieses Liquidanten, so weit dasselbe auf Location von Verzugszinsen von den 1000 Thlrn., von einem frühern Zeitpuncte, als dem 5. December 1868, an, Bezug habe, nicht statt.

Die zweite Instanz hat aber Bl. — Vol. V. reformatorisch erkannt,

daß, wenn der Liquidant C. wegen des aus dem Bl. — des Liquidationsfascikels Nr. 14. bezeichneten Wechsel sub. ⊙ abgeleiteten Anspruchs von 1000 Thlrn. das Vorhandensein der

im Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung erwähnten Forderung aus einer Bereicherung des Concurses, dem Mitliquidanten Johann Friedrich W. und dem Vorschußvereine zu Leisnig gegenüber, beweisen würde, was das Rechtsverhältniß des Liquidanten C. zu den vorgenannten beiden Liquidanten betreffe, wegen der Locirung der gedachten Forderung von 1000 Thlrn., sowie der in erster Instanz erwachsenen Kosten halber, eventuell wegen der im gleichen Range anzusetzenden Zinsen, ferner ergehen solle, was Recht sei.

Ueber das Verhältniß dieser reformatorischen Entscheidung zu dem ersten Erkenntnisse ist jedoch noch Nachstehendes zu bemerken:

a) Die reformatoria bezieht sich auf die Forderung der 1000 Thlr. aus dem unter ⊙ abschriftlich beigebrachten Wechsel vom 1. April 1868, indem sie

aa) das Beweisthema ändert,

bb) andere Personen als Diejenigen bezeichnet, welchen gegenüber der Beweis zu führen sei,

cc) den Vorbehalt der Entscheidung über die von dem Liquidanten C. etwa zu leistende Sicherheit wegnimmt, und

dd) die Frage wegen prioritätischer Locirung der 1000 Thlr. sammt Zinsen für die Definitive ausgesetzt sein läßt.

Dagegen ist es

b) bei dem in erster Instanz erkannten Beweise der von dem Liquidaten Bl. — des Actenfascikels Nr. 14. vorgeschützten Ausflucht der Zahlung nach der Höhe von 1400 Thlrn. verblieben.

Der Liquidant C. hat Bl. — Vol. V. gegen die oben zu a. unter aa. bis dd. angegebene reformatorische Entscheidung appellirt, indem er sich beschwert gefühlt hat, weil die erste Entscheidung zu Gunsten W.'s und des Vorschußvereines abgeändert, ihm diesen Personen gegenüber ein „von der Beweisvorschrift der prima abweichender Beweis" auferlegt, die Modalität der Location dieses Anspruchs der künftigen Definitive vorbehalten und nicht vielmehr in Betreff des Anspruchs von 1000 Thlrn. nebst Zinsen die erste Entscheidung bestätigt worden sei. Soviel nun zunächst die Beschwerde wider die reformatoria

ad a. aa.

angeht, so ist man in der gegenwärtigen Instanz zu einer Auffassung gelangt, welche weder mit der in erster, noch mit der in zweiter Instanz aufgestellten übereinstimmt.

Die erste Instanz hat dem Liquidanten C. den Beweis der Richtigkeit „der Forderung und der behaupteten Abtretung des Anspruches" auferlegt. So unklar dieser Ausspruch ist, so ergiebt sich doch aus dem Zusatze Bl. — Vol. III., daß man den Art. 73. der allgem. deutschen Wechselordnung für anwendbar angesehen hat, daß man also von der Ansicht ausgegangen ist, es würde die Bl. — des

Liquidationsfascikels Nr. 14. genannte Julie B., wenn sie den Bl. — des angegebenen Fascikels in Abschrift befindlichen Wechsel (eine in Leipzig bei J. G. S.....ky domicilirte Tratte, welche der Liquidant C. an eigne Ordre auf den Gemeinschuldner gezogen und, mit dem Accepte des Gemeinschuldners versehen, an die gedachte B. mittelst Blancogiro's begeben hat) vor dem 1. Juli 1868 (dem Verfalltage des Wechsels) verloren gehabt hätte, berechtigt gewesen sein, in Gemäßheit des Art. 73. die Amortisation des Wechsels bei dem Gerichte des Zahlungsortes zu beantragen und nach Einleitung des Amortisationsverfahrens von dem Acceptanten Zahlung gegen Bestellung einer Sicherheit oder gerichtliche Deposition der schuldigen Summe zu fordern und es würde dieses Recht der B. nach der beigebrachten Cessionsurkunde vom 30. October 1868 auf den Liquidanten C. übergegangen sein. Unter der „Richtigkeit der Forderung" würde hiernach das Vorhandensein der Voraussetzungen zu verstehen sein, unter welchen die Inhaberin des Wechsels das Recht gehabt hätte, nach Einleitung des Amortisationsverfahrens von dem Acceptanten Zahlung, gegen Sicherstellung, oder gerichtliche Deposition, ohne Sicherstellung, zu fordern und, wenn die erste Instanz das Beweisthema so faßte, es habe der Liquidant C. den Beweis der „Richtigkeit der Forderung" zu führen, so bezog sich dieß wahrscheinlich darauf, daß nach dem in Sachsen feststehenden Gerichtsbrauche (Archiv für Wechselrecht Bd. 4. S. 434.) dem Inhaber eines verloren gegangenen Wechsels, auch selbst nach erkannter Amortisation, eine Klage wider den Acceptanten nur dann zusteht, wenn er seiner Schuld geständig ist, oder ihm gegenüber die Thatsachen bewiesen werden, welche den Grund seiner Zahlungsverbindlichkeit enthalten, namentlich Existenz und Verlust des Wechsels. Als Beweis der „behaupteten Abtretung des Anspruches" sollte wahrscheinlich der Beweis der Aechtheit der Cessionsurkunde vom 30. October 1868 gelten. Wenigstens findet sich in dem ersten Erkenntnisse keine Andeutung dafür, daß auf das Anführen des Liquidanten C. Bl. — des Liquidationsfascikels Nr. 14.,

> er habe sich alsbald nach dem Abhandenkommen des Wechsels, noch im Monat Juni 1868, der Indossatarin B. gegenüber zur Rückvergütung der Wechselvaluta gegen Abtretung der Rechte aus dem Wechsel verpflichtet, auch habe er, da der Wechsel bei Verfall, am 1. Juli 1868, nicht zum Vorschein gekommen sei, die Wechselvaluta gewährt und es beruhe daher die Cession nicht auf der Urkunde vom 30. October 1868, sondern auf dem gedachten Abkommen, es enthalte namentlich die gedachte Urkunde nur eine Bestätigung des früheren mündlichen Abkommens,

irgend ein entscheidendes Gewicht gelegt und neben dem Beweise der Aechtheit der Cessionsurkunde auch noch der Beweis der behaupteten frühern mündlichen Uebereinkunft erfordert worden sei.

Gegen die Entscheidung der ersten Instanz ergeben sich mehrere Bedenken, z. B. ob ein auf den Art. 73. der allgem. deutschen Wechselordnung gegründeter, lediglich unter den Begriff einer provisorischen Maßregel fallender, Anspruch cessibel sei, ob der Liquidant C. auch noch nach der Concurseröffnung eine Forderung an den Gemeinschuldner habe erwerben können, welche bei dem Concurse zu berücksichtigen gewesen sei, ob die von dem Gemeinschuldner wegen eines Wechselcredites bestellten Cautionshypotheken auch für eine Forderung haften, welche die B. an den Gemeinschuldner hatte und erst durch Cession auf den Liquidanten C. übergegangen war. Indessen können alle diese Bedenken hier dahingestellt bleiben, weil, wie die zweite Instanz ganz richtig bemerkt, der Art. 73. der allgem. deutschen Wechselordnung auf domicilirte Wechsel keine Anwendung findet. Dieser Artikel nämlich setzt den gewöhnlichen Fall voraus, wo der Acceptant, auch wenn der Wechsel zur Verfallzeit nicht präsentirt und protestirt worden ist, noch drei Jahre lang haftet, wie sich insbesondere daraus ergiebt, daß in dem Artikel nur der Acceptant genannt wird, von welchem die Zahlung gefordert werden kann, daß die Caution, welche der letzte Inhaber des Wechsels bestellen soll, offenbar den Zweck hat, den Acceptanten gegen die Gefahr, zweimal Zahlung zu leisten, sicher zu stellen, wenn der Wechsel, nachdem die für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmte Frist abgelaufen ist, mit der im Art. 16. Alinea 1. der allgem. deutschen Wechselordnung angegebenen Wirkung indossirt worden wäre, daß endlich die Nothwendigkeit einer Cautionsbestellung sich erledigt, wenn der Untergang des Wechsels bewiesen werden kann, wenn der Wechsel durch richterliches Erkenntniß mortificirt worden, wenn die dreijährige Verjährungsfrist verstrichen ist, ohne daß sich ein Inhaber des Wechsels gemeldet und auf Grund des Wechsels wider den Acceptanten Klage erhoben hat. Ganz anders verhält es sich mit dem domicilirten Wechsel. Nach dem Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung soll der domicilirte Wechsel dem Domiciliaten und, wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Bezogenen selbst am Domicil des Wechsels zur Zahlung präsentirt und, wenn die Zahlung nicht geleistet wird, dort protestirt werden und es soll, wenn die Protesterhebung beim Domiciliaten unterlassen wird, der wechselmäßige Anspruch nicht blos gegen den Aussteller und die Indossanten, sondern auch gegen den Acceptanten verloren gehen. Warum im Falle der unterlassenen rechtzeitigen Protesterhebung auch der Anspruch wider den Acceptanten verloren geht, wird im Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 16. S. 128 f. ausführlicher angegeben und es gnügt eine Verweisung auf das dort Gesagte. Ist nun aber bei dem domicilirten Wechsel zu dem Anspruche gegen den Acceptanten nach dem Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung die Protesterhebung Mangels Zahlung erforderlich, so ergiebt sich, daß, wenn der Wechsel präjudicirt ist, auch die Vorschrift des Art. 73. der allgem. deutschen Wechselordnung nicht Anwendung finden kann,

indem bei dieser die Fortdauer der Haftpflicht des Acceptanten vorausgesetzt wird und diese Voraussetzung in dem angegebenen Falle fehlt. Ein Anspruch gegen den Acceptanten aus einem domicilirten Wechsel, nach versäumter rechtzeitiger Protestation, hat nur nach Art. 83. statt und es ist dieß, wie im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 18. S. 40 f. gezeigt wird, der einzige Fall, in welchem nach dem Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung die s. g. Bereicherungsklage wider den Acceptanten mit Erfolg angestellt werden kann.

Wie hieraus hervorgeht, ist der Ansicht der zweiten Instanz unbedingt insoweit beizutreten, als allerdings das Beweisthema nicht so, wie in erster Instanz geschehen ist, gestellt werden kann. Aber hieraus folgt nicht, daß das Beweisthema so, wie es von der zweiten Instanz gefaßt worden ist, zu fassen sei, nämlich dahin, es sei das Hennigsche Creditwesen in Folge der zur Verfallzeit unterlassenen Präsentation des Wechsels bei dem genannten Domiciliaten und demgemäß in Folge unterlassener Protesterhebung nach Höhe der angegebenen Summe im Sinne von Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung zum Schaden des Liquidanten bereichert worden. Wollte man selbst darauf ein entscheidendes Gewicht nicht legen, daß es unter allen Umständen bedenklich fallen müßte, im Allgemeinen auf den Beweis der thatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtssatzes zu erkennen und der beweispflichtigen Partei die thatsächliche Begründung ihres Anspruches zu überlassen, so ist auch an sich nicht wohl abzusehen, wie es denkbar sein sollte, daß der Liquidant C., als Aussteller des domicilirten Wechsels, wider den Acceptanten einen Anspruch auf Grund des Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung haben sollte. Nach diesem Artikel hat der Inhaber des Wechsels, wenn die wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind, erloschen ist, das Recht, von dem Aussteller oder von dem Acceptanten, insoweit als sie mit seinem Schaden bereichert sein würden, zu fordern. In dem vorliegenden Falle hätte also die Giratarin, Julie B., die s. g. Bereicherungsklage entweder wider den Aussteller, den Liquidanten C., oder wider den Acceptanten, den Gemeinschuldner, anstellen können, wenn man die angegebene Vorschrift des Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung so interpretirte, es stände dem Inhaber eines verjährten oder präjudizirten Wechsels die Wahl zu, ob er die Bereicherungsklage gegen den Aussteller oder gegen den Acceptanten anstellen wollte. Wie jedoch im Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht a. a. O. S. 30 f. nachgewiesen wird, hat der Inhaber des Wechsels nicht ein solches Wahlrecht, vielmehr kann ihm ein Anspruch auf Grund des Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung nur entweder an den Aussteller oder an den Acceptanten zustehen, an jenen so lange, als der verjährte oder präjudizirte Wechsel noch nicht

acceptirt ist, an diesen überhaupt nur, wenn es sich um einen domicilirten Wechsel handelt und die im Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung vorgeschriebene Präsentation und Protestation bei dem Domiciliaten verabsäumt worden ist. Ergiebt sich nun hieraus, daß lediglich die Inhaberin des Wechsels, Julie B., wenn der Wechsel verloren gegangen war und deshalb zur Verfallzeit bei dem Domiciliaten nicht präsentirt und protestirt werden konnte, eine Bereicherungsklage aus dem Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung hatte; und berücksichtigt man weiter, daß diese Klage lediglich wider den Acceptanten, den Gemeinschuldner, begründet sein konnte, auch sonst ein Regreß auf den Aussteller ausgeschlossen war: so würde der Liquidant C., als Aussteller des Wechsels, zu dem Anspruche wider den Acceptanten, den Gemeinschuldner, nur ex jure cesso der gedachten B. berechtigt sein und es würden sich gegen diesen Anspruch alle Bedenken ergeben, welche oben gegen die Cession eines Anspruches aus dem Art. 73. der allgem. deutschen Wechselordnung geltend gemacht worden sind. Nun könnte es zwar den Anschein gewinnen, als ob der Liquidant C., so fern nur sonst der mittelst Blancoindossaments begebene Wechsel wieder in seine Hände zurückgelangt wäre, auf Grund des Art. 23. Alinea 2. der allgem. deutschen Wechselordnung die Bezahlung des Wechsels von dem Gemeinschuldner, als Trassaten und Acceptanten, hätte fordern können. Allein nicht zu gedenken, daß die Frage, ob die angegebene Haftpflicht des Trassaten aus dem Accepte auch dann begründet sei, wenn der Wechsel verloren gegangen ist, wenigstens nicht außer allem Zweifel beruht, und daß bei den domicilirten Wechseln das Recht des Ausstellers (Trassanten) wider den Acceptanten dann als erloschen zu betrachten ist, wenn der Wechsel wegen Verabsäumung der im Art. 43. der allgem. deutschen Wechselordnung vorgeschriebenen Solennität auch dem Acceptanten gegenüber seine Kraft verloren hat, so würde, wenn man selbst annehmen wollte, es stände der Anspruch aus dem Art. 83. der allgem. deutschen Wechselordnung auch dem Aussteller (Trassanten) gegen den Acceptanten zu, dies immer voraussetzen, daß der Aussteller (Trassant) dem Trassaten und Acceptanten Deckung gegeben hätte, indem, wie auch die zweite Instanz nach Bl. — angenommen zu haben scheint, nur unter dieser Voraussetzung von einer Bereicherung des Acceptanten zum Nachtheile des Ausstellers (Trassanten) die Rede sein könnte.

Kann nun zwar unter diesen Verhältnissen auch das Beweisthema, wie es von der zweiten Instanz vorgeschrieben worden ist, nicht für richtig angesehen werden, so liegen doch in den Acten die erforderlichen Unterlagen für die Beantwortung der Frage vor, was der Liquidant C. zu beweisen habe, wenn sich sein Verlangen, mit der Wechselforderung der 1000 Thlr. prioritätisch locirt zu werden, als gerechtfertigt darstellen soll. Der Liquidant C. hat nämlich Bl. — des Liquidationsfascikels Nr. 14. wörtlich Nachstehendes gesagt:

Wiewohl hierdurch die erhobenen Bedenken gegen die rechtliche Begründung dieser Ansprüche vollständig widerlegt sind, so will doch Kläger (Liquidant) dieselben einschließlich des streitigen Anspruchs von 1000 Thlrn. eventuell auch noch aus dem Gesichtspuncte der Bereicherungsklage geltend machen und führt zu deren Begründung an, daß der Gemeinschuldner für die von ihm acceptirten Wechsel jedesmal den Gegenwerth in Baarem oder anderen für ihn eingelösten Wechseln erhalten hat, und daher der Concurs sich um den Betrag der nicht gedeckten Wechsel mit Liquidantens Schaden bereichern würde.

Sieht man von der unrichtigen Subsumtion des Verhältnisses unter die Grundsätze der Bereicherung und der auch in ihrem Wesen nicht außer Zweifel beruhenden s. g. Bereicherungsklage ab und hält man sich lediglich an die herausgehobene thatsächliche Behauptung, so läßt sich nicht verkennen, daß der Anspruch des Liquidanten in Betreff der 1000 Thlr. vollständig begründet sein würde, wenn die angegebene thatsächliche Behauptung bewiesen werden könnte. Wenn man selbst annehmen wollte, es könnte in dem Verhältnisse des Trassanten zu dem Trassaten und Acceptanten so betrachtet werden, als ob der Trassat durch die Acceptation die Schuld bezahlte, mit Beziehung auf welche der Trassant den Wechsel auf ihn gezogen hätte, so würde doch wenigstens in dem vorliegenden Falle mit Hinsicht auf das zwischen dem Liquidanten C. und dem Gemeinschuldner bestehende und durch Cautionshypothek gesicherte Creditverhältniß eine Ausnahme zu machen sein, weil, wäre der Gemeinschuldner den Betrag des acceptirten Wechsels dem Liquidanten schuldig gewesen, wenigstens bis zum Beweise des Gegentheils vorausgesetzt werden müßte, daß die Acceptation nicht eine Zahlung oder Novation enthalten, sondern nur zur Sicherung der Forderung des Trassanten gedient habe. Das Verhältniß zwischen dem Liquidanten C. und dem Gemeinschuldner würde nach den im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 18. S. 30 f. unter 1 a. aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen sein, d. h. es hätte die Forderung des Trassanten an den Acceptanten sammt annexis, namentlich Bürgen, Pfändern, unverändert fortbestanden, und es hätte der Trassant, wenn der Acceptant den Wechsel nicht bezahlt hätte, seine ursprüngliche Forderung geltend machen können. Als Regel gilt allerdings, daß der Trassant die Forderung, mit Beziehung auf welche er trassirt und der Trassat acceptirt hat, nur unter dem Erbieten zur Rückgabe des Wechsels einklagen kann. Aber dieß hat seinen Grund nur darin, daß der Wechsel nach dem Art. 16. der allgem. deutschen Wechselordnung auch noch nach der Verfallzeit mit Wirkung gegenüber dem Acceptanten indossirt werden kann. Anders verhält es sich mit dem domicilirten Wechsel, weil dieser, wenn er zur Verfallzeit nicht bei dem Domiciliaten präsentirt und protestirt worden ist, nach dem Art. 43. der allgem.

deutschen Wechselordnung auch dem Acceptanten gegenüber seine Kraft verliert.

Nach dem vorstehend Gesagten hat der Liquidant C. rücksichtlich des Wechsels unter ⊙ zu beweisen, daß er an den Gemeinschuldner eine dem Wechsel im Betrage gleichstehende Forderung gehabt habe und daß der Wechsel zur Verfallzeit nicht bei dem Domiciliaten zum Vorschein gekommen, also präjudizirt sei. Dieses Beweises ungeachtet, könnte der angemeldete Anspruch nicht begründet sein, wenn der Gemeinschuldner den Wechsel vor der Verfallzeit gedeckt und dabei Kosten gehabt hätte, oder die Deckung bei dem Domiciliaten z. B. durch dessen Insolvenz verloren gegangen wäre. Hierin würde aber eine Exception liegen, und eine solche ist nirgends vorgeschützt.

Man kann darüber in Zweifel sein, ob das vorstehende Beweisthema für den Liquidanten C. günstiger sei, als das in der vorigen Instanz aufgestellte. Da derselbe wider das vorige Urthel appellirt und Wiederherstellung der ersten Entscheidung verlangt hat, so läßt sich annehmen, daß das Beweisthema, wie es gegenwärtig vorgeschrieben worden ist, günstiger, als das in der zweiten Instanz gefaßte, aber ungünstiger, als das in der ersten Instanz vorgeschriebene sei. Indessen kann hierauf Etwas nicht ankommen, weil, wenn selbst die gegenwärtige Entscheidung eine Aenderung zu Ungunsten des Liquidanten C. enthalten sollte, die reformatoria auf die vorliegenden anderen Appellationen auszusprechen sein würde.

Zu a. bb.

Während die erste Entscheidung ausgesprochen hat, daß der Liquidant C. in Betreff der in Frage stehenden Forderung an 1000 Thlr. die Richtigkeit der Forderung und die behauptete Abtretung dem Curator litis gegenüber zu beweisen habe, hat die zweite Instanz erkannt, daß der Beweis dem Mitliquidanten W. und dem Leisniger Vorschußvereine gegenüber zu führen sei. Wie weiter unten gezeigt werden wird, hat der Liquidant die Existenz der Forderung dem Curator litis gegenüber, die Priorität W. und dem Leisniger Vorschußvereine gegenüber zu beweisen.

Zu a. cc.

Der Vorbehalt der Entscheidung über die von dem Liquidanten C. etwa zu leistende Sicherheit für die Definitive hing mit dem von der ersten Instanz genommenen Gesichtspuncte zusammen und erledigt sich nach dem zu a. aa. Gesagten von selbst.

Zu a. dd.

Wenn der Liquidant C. in Beziehung auf die 1000 Thlr. den in gegenwärtigem Urthel erkannten Beweis führt, so versteht es sich von selbst, daß er auch prioritätisch zu lociren sein wird. Im Voraus kann dieß jedoch nicht ausgesprochen werden. In wie weit

auch Zinsen von den 1000 Thlrn. prioritätisch zu lociren sein werden, läßt sich zur Zeit noch gar nicht übersehen."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Hennigs Creditwesen, vom Monate December 1869. Gerichtsamt Mügeln.)

174.

Ueber die Eidesleistung von Handelsgesellschaftern. — Rechtliche Wirkung der von Einem der socii verhangenen Versäumniß am Schwörungstermine. — Beurtheilung der Appellabilität, im Falle Streitgenossen appellirt haben.

„Das Königl. Oberappellationsgericht hat der Ansicht der vorigen Instanz, daß, wenn ein Eid von mehreren Inhabern einer Firma zu schwören sei und der eine Inhaber den Eid leiste, der andere aber sich an der Eidesleistung versäume, es den sämmtlichen Inhabern der Firma gegenüber so zu betrachten sei, als ob der Eid gar nicht geleistet worden wäre, nicht beizutreten vermocht. Man kann von der Frage, ob sich die Meinung der vorigen Instanz aufrecht erhalten ließe, wenn die offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person anzusehen wäre, dahingestellt sein lassen, weil, was auch an sich keinem Zweifel unterliegen kann (man vergl. Commentar zum bürgerl. Gesetzbuche ed. II. Bd. 1. S. 95 f.), Bl. — ausdrücklich gesagt wird, „es könne wohl als allgemein anerkannt angenommen werden, daß die Handelsgesellschaft nicht als eine juristische Person zu betrachten sei." Die vorige Instanz kann daher zu dem aufgestellten Grundsatze nur durch eine Anwendung der Vorschriften über die active Correalobligation gelangt sein. Zwar gewinnt es nach den Bemerkungen Bl. — über die Untheilbarkeit der Obligationen und über die Eidesleistung der sämmtlichen Gesellschafter, als einer vollständig zu erfüllenden Solennität, fast das Ansehen, als ob die vorige Instanz in der Obligation einer Handlungsgesellschaft eine ganz eigenthümliche Art von Obligationen finden zu können geglaubt habe. Aber so viel beruht außer allem Zweifel, daß dieß auf völlig unrichtigen Prämissen beruhen würde.

Bekanntlich enthält das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch nicht die Bestimmung, daß in Beziehung auf Forderungen, welche eine Handlungsfirma erworben hat, die einzelnen Handelsgesellschafter als Gesammtgläubiger (correi stipulandi) zu betrachten seien (Siebenhaar, Correalobligationen S. 366. unter Nr. 1.). Wollte man diese Lücke des Handelsgesetzbuches durch ein Zurückgehen auf das römische Recht ergänzen, so würde man behaupten müssen, daß die Forderungen einer Handelsfirma die Natur der Forderungen haben, welche den correis stipulandi sociis zustehen. Wie von Siebenhaar a. a. O. S. 126 f. mit Mehrerem gezeigt wird, sind aber die Obligationen der

correi stipulandi socii keine Correalobligationen im eigentlichen Sinne des Worts, vielmehr haben dieselben eine Menge Eigenthümlichkeiten, welche sich insgesammt aus dem über ihnen stehenden Principe erklären, daß jeder correus stipulandi socius Gläubiger nach seinem Societätsantheile und Mandatar oder vielmehr solutionis causa adjectus nach den Societätsantheilen der übrigen socii ist.

Fragt man nun, wie es nach römischem Proceßrechte mit der Eidesleistung bei Forderungen der correi stipulandi socii gehalten worden sei, so läßt sich (man vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 90 f.) annehmen, daß jeder einzelne correus stipulandi socius, weil er zur Einklagung der Societätsforderung berechtigt war, auch die Eide mit voller Wirkung gegenüber seinen sociis schwören konnte. Der Grund davon lag in der dem römischen Processe eigenthümlichen Transactionsnatur des Eides.

Anders verhält es sich nach heutigem Rechte, weil der Eid die Transactionsnatur nicht mehr hat, sondern lediglich als Beweismittel betrachtet wird. Diese Aenderung des Rechts mußte nothwendig auch zu einer Aenderung des Rechts in Beziehung auf die Eidesleistung der correi stipulandi socii führen. Das Dispositionsrecht nämlich, welches der einzelne correus stipulandi socius nach dem oben Gesagten über die Societätsforderung hat, läßt sich nicht mehr auf die Eidesleistung beziehen. Der einzelne correus kann nicht für seine socii schwören, sich aber auch nicht mit einer auf die Societätsantheile dieser erstreckenden Wirkung an der Eidesleistung versäumen; der von ihm geleistete Eid gilt nur für seinen eigenen Societätsantheil und eben so kann er durch Nichtleistung des Eides nur seines Antheiles an der gemeinschaftlichen Forderung verlustig werden. Zum Beweise dieses Satzes bezieht man sich erstens auf die Verordnung, einige Abänderungen im bürgerlichen Processe betreff. vom 13. März 1867 sub. II. 2., ingleichen darauf, daß, wie auch die vorige Instanz Bl. — nicht bezweifelt, nach Sächsischem Processe die einer Handelsfirma zuerkannten Eide von sämmtlichen Inhabern der Firma (also auch selbst von Denjenigen, welche von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind) geleistet werden müssen.

Nun läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Fälle, in welchen die mehreren Inhaber einer Firma nicht gleiche Societätsantheile haben, nicht selten sind und es daher, wenn ein Handelsgesellschafter den Eid schwört, der andere nicht, an einem Maßstabe für die Bestimmung fehlt, in welchem Umfange die Leistung und Nichtleistung des Eides von Wirkung sei. Indessen scheint es doch, wie auch die erste Instanz angenommen hat, unbedenklich, bis zu dem Beweise des Gegentheils, von der allgemeinen Regel (§§. 238. 663. 1365. des bürgerl. Gesetzbuchs) auszugehen, daß eine Forderung im Zweifel nach der Personenzahl der Gläubiger getheilt sei.

Unter diesen Verhältnissen war, so viel die Mitinhaber der

klagenden Firma, Philipp Ludwig B. und Julius Heinrich B., anlangt, die erste Entscheidung Bl. — sowohl in der Hauptsache, als auch rücksichtlich des Kostenpunktes wieder herzustellen.

Soviel das Rudolph Hermann B. zukommende Ein Drittheil betrifft, so hat man zur formellen Rechtfertigung der gegenwärtigen reformatorischen Entscheidung zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß, obschon das gedachtem B. zukommende Drittheil sammt den bis zur Publication der zweiten Entscheidung erwachsenen Zinsen die Appellationssumme der 200 Thaler nicht erreicht, die Appellation zur dritten Instanz dennoch zulässig ist, weil die reformatoria der zweiten Instanz die Appellation gedachten B.'s attrahirt, indem, wenn Streitgenossen appelliren, die Zulässigkeit der Appellation nach dem Gesammtbetrage der Appellationsbeschwerde (Siegmann Annalen Bd. 4. S. 226 f.) zu bestimmen ist.

Soviel die Sache selbst anlangt, so ließen sich gegen die Ladung zum Schwörungstermine Bl. — und gegen deren Insinuation Bl. — einige, wenigstens nicht ohne Weiteres zurückzuweisende, Bedenken erheben, z. B. daß das requirirte Gericht zur Ableistung eines Eides geladen hat, welcher in einer vor ihm anhängigen Rechtssache rechtskräftig erkannt worden sei, daß die Ladung das Präjudiz nicht, wenigstens nicht bestimmt, enthält, es solle der Eid auch im Falle des Nichterscheinens im Termine für versäumt zu achten sein, daß es an der Angabe fehlt, es sei der in der Beilage enthaltene Eid der rechtskräftig erkannte, daß der Behändigungsschein keine Auskunft darüber giebt, es sei mit der Ladung auch eine Abschrift des Eides Bl. — behändigt worden, daß, während der Eid von sämmtlichen Inhabern der Firma zu leisten war, die Ladung nur Einem Inhaber insinuirt worden ist, u. s. w. Indessen kann von diesen Bedenken abgesehen werden, weil von dem im Schwörungstermine ausgebliebenen Handelsgesellschafter weder gegen die Ladung, noch gegen deren Insinuation Ausstellungen gemacht worden sind.

Rudolph Herrmann B. hat nämlich Bl. —, auf mehreren unfoliirten Seiten seiner Appellationsausführung Bl. —, endlich Bl. — um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumniß am Schwörungstermine unter dem Anführen gebeten, daß ihm die Ladung zum Schwörungstermine nicht zugestellt worden sei, auch, da er bereits zur Insinuation derselben verreist gewesen, nicht habe zugestellt werden können. Nun kann es zwar keinen Zweifel haben, daß, wenn gedachter B. für contumax zu achten wäre, ihm eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen nicht wohl ertheilt werden könnte, indem, wenigstens nach der nicht ohne Weiteres abzuweisenden Ansicht, durch das bürgerliche Gesetzbuch die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt ausgeschlossen worden ist (man vergl. Commentar a. a. S. 3. Note 1.). Aber, beruhte das Anführen B.'s in Wahrheit, so würde ihm die Vorschrift in der Verordnung vom 13. März 1867 unter III. 2.

„Kann Derjenige, an welchen die Zustellung geschehen sollte, bescheinigen, daß ihm die Zufertigung nicht, oder doch so spät zugestellt worden ist, daß er, was er zufolge derselben zu verrichten die Verpflichtung oder die Befugniß hatte, zu verrichten außer Stande war, so hat die Zustellung gegen ihn keine Wirkung,"

zur Seite stehen. Die erforderliche Bescheinigung liegt darin, daß B. sein angegebenes Anführen eidlich erhärtet. Wenn man aber gegen die Anwendbarkeit der angegebenen gesetzlichen Bestimmung den Einwand machen wollte, es habe sich bei der Ladung Bl. — um die Leistung eines der Firma zuerkannten Eides gehandelt und es könne daher die Insinuation Bl. — nicht um deßwillen für effectlos erklärt werden, weil die Ladung nicht einem einzelnen Gesellschafter habe zugestellt werden können, so würde gegen diesen Einwand Alles gelten, was oben über die Eidesleistung der Inhaber einer Firma und über den Einfluß, welchen die Leistung oder Nichtleistung eines einzelnen Inhabers auf die gemeinschaftliche Forderung hat, gesagt worden ist."

(Urthel des O.-A.-Ger. in Sachen der Firma F. G. Böhler & Sohn ÷ verehel. Brixius, vom Monate December 1869. Bezirksgerichtsamt Chemnitz.)

175.

Begründung der Klage auf Rückerstattung eines Darlehns.

„Der Beklagte bemerkt in seiner Appellationsdeduction Bl. — ganz richtig, daß die Darlehnsobligation nach dem §. 1067. des bürgerl. Gesetzbuchs, als eine s. g. obligatio realis, für perfect anzusehen sei, wenn vertretbare Sachen, namentlich Geld, mit der Bestimmung, daß eine gleiche Summe oder Menge von derselben Gattung und Güte zurückzuerstatten sei, gegeben und angenommen werden. Zur Begründung der Klage auf Rückerstattung eines Darlehns wird daher etwas Weiteres nicht erfordert, als das Anführen, es sei die angegebene Voraussetzung der Darlehnsobligation vorhanden.

Dieß gilt jedoch nur, wenn es sich um die s. g. condictio certi ex mutuo handelt. Anders verhält es sich, wenn die Klage auf Rückgabe des Darlehns auf die Verträge basirt wird, welche die Darlehnsobligation in der Regel zu begleiten pflegen, z. B. wenn, wie im vorliegenden Falle, der Kläger darauf Bezug nimmt, daß ihn der Beklagte um ein Darlehn gebeten, er, der Kläger, dem Beklagten das Darlehn gegeben und der Beklagte die Rückzahlung des Darlehns versprochen habe. In diesem Falle beruht die Klage auf einem doppelten Klaggrunde, nämlich einmal auf dem Gesuche um ein Darlehn und der Auszahlung des letzteren, das andere Mal auf der Auszahlung

des Darlehns und dem Rückzahlungsverſprechen, und iſt der Eid über die Klage angetragen, ſo muß der Beklagte, wenn er den Eid angenommen hat, den Eid über beide Klaggründe ſchwören, um ſeine Entbindung und Loszählung von der Klage zu erlangen, wogegen es, wenn der Eid referirt worden iſt, genügt, daß der Kläger den einen oder den anderen Eid leiſtet."

(Urthel des O.=A.=Ger. in Sachen Franke ÷ Franke, vom Monate December 1869. Gerichtsamt Hohenſtein=Ernſtthal.) =

Miscellen.

(Fortsetzung von Band XXXIII. S. 529 ff.)

I. Veränderungen.

A. Bei den Ministerien:

Der zeitherige Stellvertreter des Generalstaatsanwalts, Justizrath Hermann Gustav **Held**, ist zum Geheimen Justizrathe beim Justizministerium, die Finanzräthe Traugott Bernhard **Heymann** und Oswald Erhard **Römisch** zu Geheimen Finanzräthen im Finanzministerium, der zeither im Ministerium des Innern beschäftigte Regierungsrath Werner **von Watzdorf** zum vortragenden Rath im Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten, der vormalige Königl. Preußische Oberstabsarzt Dr. Wilhelm August **Roth** zum Generalarzt des Königl. Sächs. Armeecorps, der Compagnie-Chef, Hauptmann **von Kotsch**, zum etatmäßigen Officier im Kriegsministerium und Intendantur-Rath, und der Militärbuchhalter Friedrich August **Jentzsch** im Kriegsministerium zum Rechnungsrathe in der 5. Classe der Hofrangordnung ernannt, auch ist dem bisherigen Director des Großherzogl. Sächs. Museums zu Weimar Dr. Albert **von Zahn** die erledigte Stelle eines Vorstandes der Expedition der Königl. Sammlungen für Wissenschaft und Kunst mit dem Character eines Hofraths in der 4. Classe der Rangordnung übertragen worden.

B. Bei dem Oberappellationsgerichte, den Appellationsgerichten und den Kreisdirectionen:

Der Vicepräsident des Oberappellationsgerichts Ernst Otto **Schumann** und der Oberappellationsrath Dr. Franz Paul Alfred **Du Chesne**, ingleichen der Präsident des Appellationsgerichts Zwickau Dr. Karl Georg Julius **von Mangoldt**, der erste Rath dieses Appellationsgerichts, Vicepräsident Eduard **Flechsig**, und die Appellationsräthe beim Appellationsgericht Bautzen, Geh. Justizrath Dr. Wilhelm **Klengel**, und Karl Friedrich **Domsch**, haben die nachgesuchte Versetzung in den Ruhestand mit der gesetzlichen Pension, unter Belassung ihres Titels und Ranges, nicht minder haben der Oberappellationsrath Bernhard Friedrich Gustav **Ponath** und der Appellationsrath beim Appellationsgericht Leipzig, Karl Friedrich **Werner**, die in Rücksicht auf ihre erfolgte Ernennung zu Mitgliedern des neu zu errichtenden Bundesoberhandelsgerichts erbetene Entlassung aus ihren Stellen und dem Staatsdienste des Königreichs Sachsen bewilligt erhalten.

Ferner sind der zeitherige zweite Vicepräsident des Oberappellationsgerichts, Dr. Eduard **Siebenhaar**, zum ersten und der Oberappellationsrath Gustav Friedrich Theodor **von König**, Letzterer unter Beibehaltung des Characters eines Geheimen Rathes, zum zweiten Vicepräsidenten des gedachten Gerichtshofes, der Appellationsrath des Appellationsgerichts Zwickau, Rudolph **Braun**, der Director des Bezirksgerichts Chemnitz, Appellationsrath

Hermann Theobald **Edelmann**, der Appellationsrath des Appellationsgerichts Leipzig, Carl Wilhelm **Preil**, und der Director des Bezirksgerichts Meißen, Dr. Friedrich August **Hermann**, zu Oberappellationsräthen, der Geheime Justizrath beim Justizministerium Heinrich Bethmann **Klemm** und der Oberappellationsrath Eduard Ferdinand **Nosky** zu Präsidenten, Ersterer des Appellationsgerichts Zwickau, Letzterer des Appellationsgerichts Bautzen, der Hülfsrath beim Appellationsgericht Leipzig, characterisirte Appellationsrath Konrad Robert **Rüger** zum etatmäßigen wirklichen Appellationsrathe bei diesem Appellationsgerichte, der Hülfsarbeiter beim Appellationsgerichte Dresden, Gerichtsrath Gustav Clemens **Lindemuth**, der Gerichtsrath des Bezirksgerichts Leipzig, Dr. Christian Emil Adolph **Schilling** und der zeitherige Hülfsarbeiter beim Appellationsgerichte Zwickau, Gerichtsrath Albert Friedrich **Wengler**, zu Appellationsräthen, der Erste beim Appellationsgerichte Dresden, der Andere beim Appellationsgerichte Leipzig und der Dritte beim Appellationsgerichte Zwickau, nicht minder die Gerichtsräthe Ernst Friedrich Osmund **Plesch**, Heinrich Ferdinand **von Koppenfels**, Oskar Constanz **Leonhardi**, und Friedrich August **Hensel** zu Appellationsräthen, die beiden Ersteren beim Appellationsgerichte Bautzen, die beiden Letzteren beim Appellationsgerichte Leipzig, ernannt, der Appellationsrath beim Appellationsgerichte Leipzig, Carl Louis **Wehinger**, in gleicher Eigenschaft unter Verleihung des Characters eines Vicepräsidenten zum Appellationsgerichte Zwickau versetzt, der Appellationsrath beim Appellationsgerichte Zwickau Ernst Theodor **von Zedtwitz** als Hülfsrath dem Oberappellationsgerichte, der Gerichtsrath des Bezirksgerichts Dresden Oswald **Reinhard** und die Secretäre bei den Canzleien der Appellationsgerichte Dresden und Leipzig, Dr. Friedrich Joseph Maximilian **Kleinpaul** und Dr. Georg Otto **Freiesleben**, der Erstere dem Appellationsgerichte Bautzen, der Andere dem Appellationsgerichte Dresden und der Dritte dem Appellationsgerichte Leipzig beigegeben worden.

C. Bei der General-Staatsanwaltschaft und der General-Commission für Ablösungen und Gemeinheitstheilungen:

Dem Appellationsrathe beim Appellationsgerichte Dresden Lothar **Schilling** ist unter dessen Belassung in dieser Stellung die Function des Stellvertreters des Generalstaatsanwaltes bis auf Weiteres mit übertragen, auch ist bei der General-Commission für Ablösungen und Gemeinheits-Theilungen der Commissionsrath Bruno Woldemar **Hasse** zum Regierungsrathe ernannt worden.

D. Bei der Generaldirection der Staatseisenbahnen:

Die zeitherigen Assessoren Gottlob Georg **von Nostitz und Jänckendorf** und Ewald Alexander **Hofmann** sind zu Directionsräthen ernannt und dem Finanzrath bei dieser Generaldirection Max Maria Freiherrn **von Weber** ist die erbetene Entlassung aus dem Sächsischen Staatsdienste bewilligt worden.

E. Bei dem Landesmedicinal-Collegium:

Der Medicinalrath Dr. Julius Andreas **Bruckmann** zu Dresden und der Generalarzt Dr. Wilhelm August **Roth** sind zu ordentlichen Mitgliedern dieses Collegiums ernannt worden.

F. Bei der Zoll- und Steuerdirection:

Dem zeitherigen Ober-Zollinspector in Marienberg, Julius Emil **Dreyßig**, ist unter dessen Ernennung zum Ober-Steuerinspector, die Stelle des Dirigenten der Hauptsteuerämter Bautzen und Löbau übertragen worden.

G. Bei der Universität Leipzig:

Der Hauptpastor an der Sct. Jacobikirche zu Hamburg, Dr. **Baur**, ist zum ordentlichen Professor bei der theologischen Facultät und zum ersten Uni-

versitätsprediger, der außerordentliche Professor an der Universität Jena, Dr. August **Leskien**, zum außerordentlichen Professor der slavischen Sprachen bei der philosophischen Facultät, und der Director des landwirthschaftlichen Instituts und außerordentliche Professor Dr. Adolph **Blomeyer** zum ordentlichen Professor der Landwirthschaft ernannt, auch ist dem ordentlichen Professor der Geburtshülfe und Director der Entbindungsanstalt, Hofrath Dr. Karl Siegmund Franz **Credé**, und dem ordentlichen Professor der Chirurgie und Director der chirurgischen Klinik am klinischen Institute, Dr. Karl **Thiersch**, der Character von Geheimen Medicinalräthen in der 3. Classe der Hofrangordnung tarfrei verliehen worden.

H. Bei Unterbehörden:

Die Vorstände der Gerichtsämter Wolkenstein, Herrnhut, Döbeln und Radeburg, Gerichtsamtmann Friedrich Gustav **Edler**, Gerichtsamtmann Dr. Karl Moritz **Kölbing**, Gerichtsamtmann Hofrath Johann Heinrich Ferdinand **Fleck** und der Gerichtsamtmann Heinrich Leopold **Böttger**, ingleichen der Gerichtsrath beim Bezirksgerichte Zwickau, Otto Wilhelm **von Görschen**, sind mit der gesetzlichen Pension und unter Belassung ihres Titels und Ranges auf Ansuchen in den Ruhestand versetzt, nicht minder ist dem Vorstande des Gerichtsamtes Augustusburg, Gerichtsamtmann Otto Theodor **Meusel** die wegen erfolgter Anstellung im auswärtigen Dienst erbetene Entlassung aus seiner Stelle und dem Staatsdienste bewilligt, ferner sind der Appellationsrath beim Appellationsgerichte Leipzig, Gustav **Wöllner**, auf sein Ansuchen unter Belassung des Titels und Ranges eines Appellationsrathes zum Bezirksgerichte Dresden für die Function eines Gerichtsrathes, der Vorstand des Gerichtsamtes Lengenfeld, Gerichtsamtmann Ferdinand **Knörich** zum Gerichtsamte Nossen, der Vorstand des letzteren, Gerichtsamtmann Dr. Detlev Alexander **Müller**, und der Vorstand des Gerichtsamtes Kirchberg, Gerichtsamtmann Hermann Albrecht **Steinberger**, als Gerichtsräthe, Ersterer zum Bezirksgerichte Dresden, Letzterer zum Bezirksgerichte Leipzig, der Vorstand des Gerichtsamtes Markranstädt, Gerichtsamtmann Ernst Julius **Naupert**, zum Gerichtsamte Kirchberg, der Vorstand des Gerichtsamtes Rötha, Ludwig Hermann **Hohlfeld**, zum Gerichtsamte Wolkenstein, die Vorstände der Gerichtsämter Sayda und Oberwiesenthal, Gerichtsamtmann Rudolph **Franz** und Gerichtsamtmann Friedrich **Weidauer**, in gleicher Eigenschaft, der Erstere zum Gerichtsamte Döbeln, der Letztere zum Gerichtsamte Sayda versetzt, weiter sind der Gerichtsrath des Bezirksgerichts Annaberg, Julius Traugott Moritz **Starke**, zum Director des Bezirksgerichts Borna, der Assessor des Bezirksgerichts Dresden, Ferdinand Alfred **Leonhardt**, zum Gerichtsrathe des Bezirksgerichts Annaberg, die Assessoren der Gerichtsämter Hainichen, Königsbrück und Herrnhut, Hans Wilhelm Paul **Manitius**, Johannes Robert **Peschke** und Dr. Oswald Theodor **Wauer**, zu Gerichtsamtmännern, der Erstere des Gerichtsamtes Rötha, der Zweite des Gerichtsamtes Markranstädt, der Dritte des Gerichtsamtes Herrnhut, nicht minder die Assessoren bei den Gerichtsämtern Adorf, Pirna und Nossen, August Erdmann **Forkel**, Moritz Robert **Schröder** und Karl Eduard Emil **Lobe**, der Erste zum Gerichtsamtmann des Gerichtsamtes Lengenfeld, der Andere zum Gerichtsamtmann des Gerichsamtes Radeburg und der Dritte zum Gerichtsamtmann des Gerichtsamtes Oberwiesenthal, endlich der Gerichtsrath beim Schönburgischen Bezirksgerichte Glauchau, Carl Gottfried **Döhler**, zum Staatsanwalt daselbst ernannt worden.

II. Ehrenbezeigungen.

Se. Königl. Majestät haben folgende Orden zu verleihen geruht:

1) das Großkreuz des Verdienstordens: dem Minister des Innern und des Königl. Hauses, Staatsminister **von Nostitz-Wallwitz**;
2) das Comthurkreuz zweiter Classe des Verdienstordens: dem Kreisdirector **Uhde** zu Zwickau, dem Gesandten zu München, Grafen

von Könneritz, dem Vicepräsidenten des Oberappellationsgerichts, Ernst Otto Schumann, und dem Vicepräsidenten des Appellationsgerichts Zwickau, Eduard Flechsig;

3) das Ritterkreuz des Verdienstordens: dem Geheimen Kirchenrathe Dr. Ludwig Robert Feller im Ministerium des Cultus und öffentlichen Unterrichts, dem ordentlichen Professor der Physiologie und Director des physiologischen Instituts der Universität Leipzig, Hofrath Dr. Carl Friedrich Wilhelm Ludwig, dem Appellationsrath a. D. Dr. Theodor Wilhelmi in Leipzig, dem Oberappellationsrathe Dr. Franz Paul Alfred du Chesne, dem bisherigen Oberappellationsrathe, jetzigem Bundesoberhandelsgerichtsrathe Bernhard Friedrich Gustav Ponath, dem bisherigen Appellationsrathe beim Appellationsgericht Leipzig, jetzigem Bundesoberhandelsgerichtsrathe Carl Friedrich Werner und dem Vorstande des Sportelfiskalats Emil Robert Munz;

4) das Großkreuz des Albrechtordens: dem Präsidenten des Appellationsgerichts Zwickau, Dr. Carl Georg Julius von Mangoldt;

5) das Comthurkreuz erster Classe des Albrechtordens: dem Königl. Preuß. Geh. Oberjustizrathe Dr. Friedberg zu Berlin;

6) das Comthurkreuz zweiter Classe des Albrechtordens: dem ordentlichen Professor der classischen Philologie und Mitdirector des philologischen Seminars an der Universität Leipzig, Geheimen Regierungsrath Dr. Friedrich Ritschl;

7) das Ritterkreuz des Albrechtordens: dem lector publicus an der Universität Leipzig, Professor Dr. phil. Julius Fürst, dem Dr. Zachariä von Lingenthal auf Großkmehlen bei Ortrand, den practischen Aerzten Dr. med. Eduard Roch in Chemnitz, und Dr. med. Eduard Wengler in Dresden, dem Mitinhaber des typographischen Institutes zu Leipzig, Hermann Friedrich Heinrich Giesecke, dem Fabrikbesitzer Rudolph Heydenreich zu Witzschdorf, dem Stadtrath und Kaufmann Karl August Sigismund Emmerich in Mittweida, dem Zollvereins-Controlleur, Königl. Preuß. Steuer-Inspector Johann Christoph Müller in Chemnitz, dem Advocat Dr. August Franz Werner in Leipzig und den Banquiers Gustav Eduard Heydemann in Bautzen und Albert Kuntze in Dresden.

Hiernächst haben Se. Königl. Majestät zu genehmigen geruht, daß der Sächsische Advocat Eduard Hermann Kühn, zur Zeit Bankdirector in Dessau, und der Appellationsrath a. D. Dr. Wilhelmi zu Leipzig das ihnen von Sr. Hoheit dem Herzoge von Anhalt verliehene Ritterkreuz erster Classe des Herzogl. Anhaltschen Hausordens Albrechts des Bären, der Oberhofmarschall Freiherr von Friesen das von Sr. Majestät dem Könige von Italien ihm verliehene Großkreuz des Ordens der Italienischen Krone, Derselbe und der Kammerherr und Amtshauptmann Leonce von Könneritz das ihnen von Sr. Königl. Hoheit dem Großherzoge von Mecklenburg-Schwerin verliehene Großkreuz des Großherzogl. Hausordens der Wendischen Krone, der Conrector am Vitzthumschen Gymnasium zu Dresden, Professor Dr. Alfred Fleckeisen, das Ritterkreuz des letztern Ordens, der Sächs. Gesandte in Brüssel, Kammerherr von Fabrice, den Königl. Preuß. Kronenorden 1. Classe, der Hofmarschall von Tschirschky-Bögendorff denselben Orden 2. Classe mit dem Stern, der Commerzienrath Fedor Zschille, der Geheime Medicinalrath Dr. Reinhard zu Dresden und der Regierungsassessor von Criegern die ihnen verliehenen Königl. Preuß. Ordensdecorationen, die beiden Ersteren den Kronenorden 3. Classe, der Letztere den rothen Adlerorden 3. Classe, der Hofmarschall Kammerherr Graf Vitzthum von Eckstädt das von Sr. Hoheit dem Herzoge von Sachsen-Meiningen ihm verliehene Comthurkreuz 1. Classe des Sachsen-Ernestinischen Hausordens, der Oberforstrath Dr. Judeich zu Tharandt das von Sr. Hoheit dem Herzoge zu Sachsen-Coburg-Gotha ihm verliehene Ritterkreuz 1. Classe desselben Ordens, der Professor Dr. Ernst Julius Hähnel in Dresden das Ritterkreuz des Herzogl. Braunschweigschen Ordens Heinrichs des Löwen, der genannte Graf Vitzthum von Eckstädt und der Oberhüttenverwalter, Oberbergrath Ihle

zu Freiberg, die von Sr. Majestät dem Kaiser von Oesterreich ihnen verliehenen Ordensdecorationen, Ersterer das Großkreuz und Letzterer das Ritterkreuz des Franz-Joseph-Ordens, der Kammerrath Freiherr **von Fuchs-Nordhoff** die ihm verliehene Decoration eines Großofficiers des Tunesischen Iphtikhar-Ordens, der Gendarmerie-Ober-Inspector **von Cerrini** den Kaiserl. Russischen St. Stanislaus-Orden 2. Classe, der Banquier Adolph Reinhard **Küstner** zu Leipzig, der Vorsitzende des deutschen Musikvereins, Professor Carl **Riedel** daselbst, und der Divisionsprediger und Pastor Dr. F. Hermann **Engler** im Cadetten-Corps das Großherzogl. Sachsen-Weimarsche Ritterkreuz des weißen Falkenordens, der Amtshauptmann **von Thielau** in Löbau das ihm von Sr. Majestät dem Könige von Preußen verliehene Ehren-Ritterkreuz des Sct. Johanniter-Ordens, der Referendar beim Gerichtsamte Leipzig I., Dr. William **Göhring**, das ihm von der Spanischen Regierung verliehene Ritterkreuz des Ordens Isabella der Katholischen annehmen und tragen.

Auch haben Se. Königl. Majestät zu genehmigen geruht, daß der Dr. med. Wilhelm Gustav **Seifert** in Dresden den ihm von Sr. Königl. Hoheit dem Großherzoge von Mecklenburg-Schwerin verliehenen Character als Medicinalrath in hiesigen Landen führe, der Maschinenfabrikant Georg Eduard **Keller** in Chemnitz das Prädicat als Fürstl. Reußischer Commerzienrath und der Advocat Otto **Kohl** in Chemnitz das ihm von Sr. Durchlaucht dem Fürsten Heinrich XXII. von Reuß ä. L. verliehene Prädicat eines Geheimen Hofrathes annehme und führe, sowie daß der Herzogl. Braunschweigische Oberkammerherr **von Miltitz** auf Siebeneichen die ihm von Sr. Königl. Hoheit dem Prinzen Carl von Preußen als Herrenmeister der Balley Brandenburg beigelegte Würde eines Commendators des Johanniterordens im Königreich Sachsen annehme.

Nicht minder haben Se. Königl. Majestät geruht, dem in Ruhestand getretenen Secretär bei der General-Commission für Ablös. ꝛc. F. Ad. **Hänichen** und dem Schriftenvergleicher Adolph **Henze** in Neuschönefeld bei Leipzig das Prädicat als Commissionsrath, dem Badearzt Dr. med. **Bechler** zu Elster und dem practischen Arzte Dr. med. Friedrich Moritz **Heymann** in Dresden den Character als Hofrath in der 5. Classe der Hofrangordnung, und dem Kriegszahlmeister Carl Gottlob Eduard **Zwicker** in Dresden das Prädicat als Kammerrath in derselben Classe der Hofrangordnung zu verleihen.

III. Todesfälle.

Gestorben sind im Jahre 1870 seit Ende des Monats Januar: am 21. Februar der Advocat Eduard **Lesky** in Döbeln (zuletzt in Kötschenbroda); am 27. Febr. der Gerichtsamtsassessor Karl Heinrich **Eger** zu Wermsdorf; am 17. März der Gerichtsrath des Bezirksgerichts Leipzig, Carl Theodosius **Vieweg**, und der frühere Minister des Königl. Hauses, Heinrich Anton **von Zeschau**, Großkreuz des Verdienstordens ꝛc.; am 18. März der Wirkliche Geh. Rath **Rostitz und Jänckendorf**, Großkreuz des Verdienstordens ꝛc.; am 21. März der Advocat Dr. jur. Ernst **Jentsch** in Zittau; am 9. April der Gerichtsamtsassessor Heinrich August **Schäffer** in Wurzen; am 19. April der Präsident des Appellationsgerichts Bautzen, Friedrich Theodor **von Criegern**; am 25. April der Oberappellationsrath Dr. Robert Gotthard **Schröder** in Dresden; am 30. April der Staatsminister und Generalmajor a. D. Carl Friedrich Gustav **von Oppell**; am 26. Mai der Gerichtsrath des Bezirksgerichts Eibenstock, Friedrich August **Drewitz**; am 6. Juni der vormalige Vorstand des Gerichtsamts Grimma, Gerichtsamtmann Julius Leopold **Köderitz**; am 17. Juni der Polizeidirector Hofrath Wilhelm Ferdinand **Stengel** in Leipzig; am 23. Juni der Vorstand des Gerichtsamtes Auerbach, Johann Gustav Adolph **Seidel**; am 25. Juni der Gerichtsamtsassessor Friedrich Wilhelm **Busse** in Oelsnitz; am 4. Juli der Appellationsgerichts-Präsident a. D., Dr. Carl Georg Julius **von Mangoldt** zu Zwickau; am 7. Juli der Gerichtsrath a. D. Friedrich Moritz **Weinhold** in Dresden; am 22. Juli der Gerichtsamts-

Assessor a. D. Friedrich August **Hartmann** in Blasewitz; am 30. Juli der Appellationsrath a. D., Geh. Justizrath Dr. Wilhelm **Klengel** in Bautzen, und außerdem die Advocaten Karl Adolph **Beutler** in Reichenbach, Heinrich Theodor **Friedrich** in Burgstädt, Karl Friedrich Ferdinand **Oßwald** in Leisnig, Friedrich August **Bornemann** in Wilsdruff, Carl Ferdinand **Gumprecht** in Crimmitzschau, Moritz **Kaskel** und Eduard **Ehrlich** in Dresden, Gottlieb Louis **Schopper** in Adorf, Dr. jur. Hermann **Wolf**, Spec.-Abl.-Commissar Julius Ferdinand **Troitzsch** und Dr. jur. Karl Gottfried August **Brox** in Leipzig, Heinrich **Burmeister** in Chemnitz, Stadtrath Adalbert **Riemer** in Königsbrück und Gustav Theodor **Mende** in Schneeberg.

IV. Immatriculation von Advocaten und Notaren.

Vom Königl. Justizministerium sind immatriculirt worden:

1. folgende Advocaten: der Consistorial-Assessor und Secretär Joseph Hugo Paul **Seyfert** zu Bautzen, der vormalige Referendar bei dem Gerichtsamte Dresden, Paul **Schumann**, Hugo Alexander **von Metzsch** in Leipzig, der vormalige Rathsassessor Karl Wilhelm Rudolph **Ritscher** daselbst, der seitherige Assessor bei dem Bezirksgerichte Dresden, Dr. jur. Heinrich Ernst **Nake**, der Secretär bei der Lotteriedirection zu Leipzig, Dr. jur. Carl Bernhard Hermann **Fischer**, der Gerichtsamtmann a. D. Friedrich Gustav **Edler** in Schönbrunn bei Wolkenstein, der seitherige Gerichtsamtsassessor Paul Richard **Sulzberger** in Wurzen, der seitherige Referendar bei dem Stadtrathe zu Dresden, Ernst Robert **Schneider** in Hainichen, der frühere Advocat und nachherige Referendar bei dem Stadtrathe zu Leipzig, Carl Moritz **Francke**, und die Rechtscandidaten Dr. Carl Hermann **Wolf**, Emil Louis Felix Victor Hugo Ferdinand **Bürckas** und Dr. jur. Georg **Brox** in Leipzig, Wilhelm Moritz **Höpner** in Reudnitz bei Leipzig und Alfred Richard **Pinther** in Werdau;

2. folgende Notare (unter Gestattung der Ausübung des Notariats in dem durch die Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 bestimmten vollen Umfange): der Advocat Hugo Alexander **von Metzsch** in Leipzig, der schon früher als Notar immatriculirte Advocat Carl August **Steinberger** in Plauen, die Advocaten Carl Leopold **Baumgärtel** in Limbach bei Chemnitz, Ernst Emil **Tobatzsch** in Zschopau, August Hermann **Mättig** in Leipzig, Eduard **Eule**, Bürgermeister in Auerbach, Oskar **Schanz** in Oelsnitz und Max Gustav **Göpfert** in Werdau.

Sachregister

zum vierunddreißigsten Bande der neuen Folge der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung.

A.

Abgaben. Erhebung von Besitzabgaben von Grundstücken, welche in nothwendiger Subhastation erstanden worden, 180. — Besteuerung einzelner Gewerbe Seiten der Gemeinde, 478.

Abmiether, s. Pachtvertrag.

Abtretung, s. Cession.

Accession, s. Früchte.

Actiengesellschaft. Bedeutung und Zweck der in den Gesellschaftsstatuten enthaltenen Bestimmung, daß jeder der Directoren für die Dauer seiner Geschäftsführung eine gewisse Anzahl Actien bei der Vereinscasse zu deponiren habe und während dieser Zeit darüber, ohne seine Qualification als Directorialmitglied zu verlieren, nicht verfügen könne, 135.

Actio, s. Klage.

Advocat. Die der Advocatur in dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung zugewiesene Stellung, 1. — Anwaltsproceß nach demselben Entwurfe, 17. — desgl. Anwaltszwang, 220. — gegen Versäumnisse des A.en bietet Krankheit desselben unter Umständen einen genügenden Restitutionsgrund dar; in einem solchen Falle kann das Gesuch wegen Wiedereinsetzung auch durch den nämlichen Sachwalter angebracht werden, 418.

Advocatenkosten. Unter welchen Voraussetzungen steht dem Advocaten wegen Belohnung seiner Dienste eine andere als die auf taxmäßige Honorirung advocatorischer Leistungen gegründete Forderung zu? 420.

Alimente. Klage wider den von der Mutter geschiedenen ehelichen Vater auf Gewährung von A.n sowohl für die Vergangenheit, als für die Zukunft, 106. — die Mutter, deren Tochter ohne Berechtigung vom Ehemanne getrennt lebt, ist nicht befugt, von dem Letzteren zur Unterhaltung ihrer Tochter für die Zukunft einen Beitrag zu verlangen, 408.

Altgemeinde. Ursprung und privatrechtliches Verhältniß der sogen. A., 128.

Anerkenntniß, s. Schuldanerkenntniß.

Appellable Summe. Beurtheilung derselben, im Falle Streitgenossen appellirt haben, 546.

Appellation. A. gegen die Adjudication eines zwangsweise versteigerten Grundstücks, 23. — Vorbringung neuer Thatsachen in dritter Instanz, 163. — A. nach dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung, 353.

Arme. Uebertragung des Begräbnißkostenaufwandes für A., 450.

Armenrecht. Das A. nach dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung, 224.

Arrestproceß. Der A. nach dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung, 348.

Arzt. Besetzung ärztlicher Aemter und Stellen, 463. — Verhältniß der Aerzte II. Cl., 464.

Auctoris nominatio, s. nominatio.

Auftrag, s. Mandat.

Aufwand, s. Verwendungen.

Ausland. Anwendung der Eisenacher Convention in Oesterreich auf Geisteskranke, 453. — Competenz des Polizeipräsidiums in Berlin zu Ausstellung von Legitimationsscheinen für den Gewerbebetrieb im Umherziehen, 474.

Ausländer. Zulassung von A.n zum Gewerbebetrieb im Umherziehen, 473.

Ausländisches Recht. Handlungs- und Wechselfähigkeit eines Ausländers, welcher im Auslande gerichtlich für einen Verschwender erklärt ist, in Sachsen aber Wechselverbindlichkeiten übernommen hat, 25.

Auslegung. A. einer für den Fall vorzeitiger Vertragsauflösung im Voraus geschehenen Entschädigungsfestsetzung, 50. — waren gegen eine Rechnung von deren Empfänger in einigen Beziehungen Ausstellungen erhoben, so ist aus dessen bloßem Stillschweigen über andere Ansätze derselben nicht deren Genehmigung zu folgern, 54. — A. von Verträgen, 110. 374. — A. von Bürgschaftserklärungen, 110. — A. von Verzichtserklärungen, 119. — die res judicata ist stets stricte zu interpretiren, 156.

Auspfändung, s. Hülfsverfahren, Hülfsvollstreckung.

Außereheliche Vaterschaft, s. Alimente.

Auszug. Unter welchen Voraussetzungen hat der Auszugspflichtige die Herbeiziehung dritter Personen zur Pflege des Herbergsberechtigten geschehen zu lassen? 35. — Hülfsvollstreckung in den Antheil des Ehemannes, als Beklagten, an dem von der Verkäuferin für sich und ihren Ehemann in beschränkter Weise vorbehaltenen, jedoch ohne alle Einschränkung eingetragenen Naturalauszug, 39.

B.

Bauhandwerker. Prüfungsarbeiten der B., 467.

Bauwesen. Wegebauunterstützungen, 462. — Anwendung der Militärexecution in Wegebausachen, 462. — Begutachtung von Bauanlagen durch die fiscalischen Wasserbaubeamten, 463. — Prüfungsarbeiten der Bauhandwerker, 467.

Begräbnißkosten. Uebertragung des Begräbnißkostenaufwandes für Arme, 450.

Begräbnißunterstützungs- u. Krankencassen, 465.

Beklagter, s. Einrede, Klagbeantwortung, Proceß.

Beweismittel. Die B. nach dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung, 307. — insbesondere Augenschein, ibid. — Zeugen, 308. — Sachverständige, 313. — Urkunden, 317. — Eid, 337. — s. auch Eid, Sachverständige, Urkunde, Zeugen.

Beweisverfahren. Das B. nach dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung, 295. — insbesondere das Princip der Beweisverbindung, 295. — die Beweisaufnahme und Schlußverhandlung, 305. — der Beweisbescheid, ibid.

Beweis zum ewigen Gedächtniß. Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung hierüber, 337.

Blindenanstalt zu Dresden. Fonds für entlassene Blinde, 453.

Braugenossenschaft. Verhältniß der B.en, 467.

Bürgerrecht. Verwendung von Stempelpapier bei Ertheilung des B.s, 476.

Bürgschaft. Auslegung von Bürgschaftserklärungen, 110. — der Bürge, welcher nicht zugleich mit dem Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber in ein Gesammtschuldverhältniß getreten war, kann nur erst dann in Anspruch genommen werden, wenn dem Hauptschuldner gegenüber die Forderung zur Fälligkeit gelangt war, 278. — B. und Creditauftrag, 434. — zum Beweise der Haftpflicht des Bürgen dient an sich der Nachweis, daß derselbe die bezügliche Verbürgungsurkunde ausgestellt hat, ibid. — die Ausflucht

der Vorausklage ist nicht dadurch, daß der verklagte Bürge die Ausstellung der Bürgschaftsurkunde verneint habe, wohl aber dann ausgeschlossen, wenn der Hauptschuldner bereits vergeblich ausgeklagt war, ibid. — Einrede des vom Gläubiger mit dem Hauptschuldner eingegangenen Vergleichs, ibid. — der von der Ehefrau für den Ehemann geschehenen Verbürgung ist rechtliche Wirksamkeit nicht abzusprechen, wenn auch in dem über dieselbe niedergeschriebenen Protocolle die nach §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuchs erforderliche Belehrung nicht gerade mit den Worten: die Ehefrau sei über den Vermögensverlust, den sie sich durch die Verbürgung zuziehen könne, belehrt worden, sondern mit gleichbedeutenden Worten Verlautbarung gefunden hat, 501. — zur Frage von der Gültigkeit eheweiblicher Verbürgungen, 504. — die Indossirung eines von dem Ehemanne ausgestellten und auf die Ehefrau girirten Wechsels Seiten der Letzteren enthält nicht eine Verbürgung für ihren Ehemann, sondern ist eine Veräußerung des Wechsels, 536.

C.

Cautionshypothek. Cession einer C., 92.

Cession. C. einer dem Cedenten rechtskräftig zuerkannten Forderung und Fortstellung des vom Cedenten bereits eingeleiteten Executionsverfahrens, 20. — C. einer Cautionshypothek, 92. — Nachweisung der erfolgten C., 503. — die Anordnung des Erblassers, daß ein Vermächtniß von einer bestimmten Hypothekenforderung bezahlt werden solle, ist nicht als eine, bez. theilweise Ueberweisung der letzteren an den Bedachten aufzufassen, 530.

Colportirung. Das Colportiren von Preßerzeugnissen, 459. — Ausstellung von Legitimationsscheinen hierzu, 460.

Compensation. Die Einrede der C. ist nur dann begründet, wenn die Gegenforderung, mit welcher compensirt werden soll, noch besteht, 532.

Competenz. Welcher Richter ist zur Entscheidung über die theils für die Zukunft, theils für die Vergangenheit geltend gemachten Ansprüche der von ihrem Ehemanne getreunt lebenden Ehefrau auf Gewährung von Unterhaltsgeldern competent? 134. — C. des Polizeipräsidiums in Berlin zu Ausstellung von Legitimationsscheinen für den Gewerbebetrieb im Umherziehen, 474.

Concurs. Die Disposition in §. 20. des geschärften Bang.-Mandats vom 20. Dec. 1766 bezieht sich sowohl auf Fälle einer ausdrücklichen, als auf Fälle einer stillschweigenden Creditertheilung, 117. — Reclamationsanbringen, 130. — Wirkung der wider den Gemeinschuldner eingetretenen res judicata dem Concurse gegenüber, 165. — ein von dem Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung verkauftes u. außergerichtlich übergebenes Grundstück kann nicht zur Concursmasse gezogen werden, 168. — das unter dem Namen einer „Conventionalstrafe" bedungene interesse morae hat im C. des Schuldners nur als Zinsanspruch Berücksichtigung zu finden, 506. — wie ist Derjenige, welcher auf Grund und Boden des Gemeinschuldners ein Gebäude errichtet hatte, zu entschädigen, wenn der C. die Ausübung des jus tollendi verweigert? 520. — die bezügliche Entschädigungspflicht ist Massesschuld, ibid.

Concursproceß. Beweiskraft eines Acceptes bezüglich der vom Aussteller geltend gemachten Forderung im Concurse des Acceptanten, 165. — der erkennende Richter ist nicht befugt, dem Streitvertreter die nachträgliche Beantwortung der im Liquidationsverfahren von den Klägern eingereichten Sätze und der darin gemachten Angaben aufzugeben, 418.

Contocorrentverhältniß. Zur Lehre vom C., 532.

Conventionalstrafe. Das unter dem Namen einer C. bedungene interesse morae hat im Concurse des Schuldners nur als Zinsanspruch Berücksichtigung zu finden, 506.

Correctionswesen. Schubtransport auf der Dresden-Prager Eisenbahn, 454. — Beschaffung der Ausstattungsgegenstände für wieder einzuliefernde beurlaubte Correctionärs, 455. — Anträge wegen Aufnahme verwahrloster Kinder in die Erziehungs- und Besserungsanstalten, ibid.

Creditauftrag. C. und Bürgschaft, 434.
Criminalproceß, s. Strafproceß.

D.

Darlehn. Aufnahme eines D.s durch Kirchgemeinden, 183. — Begründung der Klage auf Rückerstattung eines D.s, 549.
Defectsproceß, s. Rechnungsproceß.
Depositum. Verzug des Verwahrers in Zurückgabe der hinterlegten Sache, 503.
Dienstbarkeit, s. Servitut.
Diffamationsproceß. Befugniß des Proceßrichters, unter geeigneten Umständen auf Ansuchen des Provocanten justizpolizeiliche Maßregeln zu ergreifen, um dadurch der Tendenz des Provocationsprocesses Genüge zu verschaffen, 116. — Zulässigkeit und Begründung der Provocationsklage ex lege diffamari in Beziehung auf öffentliche Straßen, Wege und Plätze, 414.
Dispositionsstellung. Einrede der D. wegen angeblich nicht sofort wahrgenommener und wahrnehmbar gewesener Fehler der Waare, 515.
Donatio, s. Schenkung.
Dos. Die sogen. praesumtio Muciana wirkt nur, wenn sie vom Ehemanne für sich geltend gemacht wird, 164. — die Ehefrau kann ihr zustehende, dem ehemännlichen Nießbrauche unterliegende Forderungen mit Einwilligung des Ehemannes kündigen und einklagen. Der Beitritt des Letzteren zu der von der Ehefrau ausgestellten Proceßvollmacht genügt, 273. — über Rückforderung des Mobiliareinbringens der Ehefrau nach getrennter Ehe, 516. — Begründung der Klage auf Rückgewähr, ibid.

E.

Ehefrau. Die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Maße im einzelnen Falle die Vollstreckung eines die E. verurtheilenden Erkenntnisses ausführbar sein werde, ist der Executionsinstanz zu überlassen, 140. — was gehört zur schlüssigen Begründung der Klagbehauptung, daß zu der Erklärung einer E. die ehemännliche Genehmigung erfolgt sei? 173. — Unschlüssigkeit der wider die E. erhobenen Klage auf Rechnungsablegung, wenn sie hinsichtlich des Endpunktes den Zeitraum, auf welchen Rechnungsablegung gefordert wird, nicht bestimmt erkennen läßt, und die Thätigkeit der E. in Dienstleistungen zu Förderung des Hauswesens und des Gewerbes des Ehemannes bestanden hat, 367. — die E. kann ihr zustehende, dem ehemännlichen Nießbrauche unterliegende Forderungen kündigen und einklagen, 273. — die E. hat in Proceßen mit dem Ehemanne, in denen es nur um Sicherstellung ihres Einbringens sich handelt, keine Restitution gegen die Versäumniß am Beweise, 283. — s. auch Alimente, Dos, Ehegatten, Eherecht, Ehescheidung, Eheweibliche Verbürgung.
Ehegatten. Der Ehemann kann auch während der Dauer der Ehe wegen einer ihm an seine Ehefrau zustehenden Forderung gegen die Letztere Klage erheben, auch wenn sie kein Receptitienvermögen besitzt, 140.
Ehemann, s. Ehefrau, Ehegatten.
Eherecht. Uebung gewerbmäßiger Unzucht als Grund, die väterliche Einwilligung zur Verehelichung zu versagen, 280.
Ehescheidung. Sogen. Gesundheitsnachtheile als Scheidungsgründe, 49.
Eheweibliche Verbürgung. Der von der Ehefrau für den Ehemann geschehenen Verbürgung ist rechtliche Wirksamkeit nicht abzusprechen, wenn auch in dem über dieselbe niedergeschriebenen Protocolle die nach §. 1650. des bürgerl. Gesetzbuchs erforderliche Belehrung nicht gerade mit den Worten: die Ehefrau sei über den Vermögensverlust, den sie sich durch die Verbürgung zuziehen könne, belehrt worden, sondern mit andern gleichbedeutenden Worten Verlautbarung gefunden hat, 501. — zur Frage über die Gültigkeit eheweibl. Verbürgungen, 504. — die Indossirung eines von dem Ehemanne ausgestellten und auf die Ehefrau girirten Wechsels Seiten der Letzteren enthält keine eheweibl. Verb., sondern ist eine Veräußerung des Wechsels, 536.
Eid. E. über die Kundenüblichkeit

der angesetzten Preise, 120. — Kaufleute haben die in ihren Processen erkannten, auf die von ihrem Procuraträger besorgten Geschäfte bezüglichen Eide selbst zu leisten, 410. — Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über den E., 322.

Einbringen, s. Dos.

Einlassung, s. Klagbeantwortung.

Einrede. Exceptio excussionis; dieselbe ist nicht dadurch, daß der verklagte Bürge die Ausstellung der Bürgschaftsurkunde verneint hat, wohl aber dann ausgeschlossen, wenn der Hauptschuldner bereits vergeblich ausgeklagt war, 434. — exc. generalis; Begründung einer sogen. exc. gen., 47. — exc. rei judicatae; dieselbe steht dem Kläger, dessen frühere Klage auf Grund einer liquiden Einrede abgewiesen war, dann nicht entgegen, wenn das neuere Klagvorbringen mit dem Inhalte der Klage im Vorprocesse nicht in directem Widerspruche steht, 149. — exc. solutionis, Beweisführung derselben, 174. — die der exc. sol. entgegengestellte Behauptung, es sei nicht die eingeklagte, sondern eine andere Forderung bezahlt worden, hat nicht die Natur einer Replik, sondern einer Verneinung der Einrede, ibid. — E. der Dispositionsstellung wegen angeblich nicht sofort wahrgenommener und wahrnehmbar gewesener Fehler der Waare, 515. — Erledigung der Regel: negans non excipit etc. durch Erklärungen und Zugeständnisse in der Executionsinstanz, 432. — rechtzeitige Vorschützung von E.n im Leipziger Handelsgerichtsproceße, 142. — im Falle des Procura-Indossaments sind die dem Mandanten gegenüber zustehenden E.n auch gegen dessen Indossatar wirksam, 120.

Entscheidungsgründe, deren Rechtskraft, 135.

Erbe. Der klagende Miterbe kann zwar, soweit es sich um Erbschaftsforderungen handelt, diese von der Erbtheilung ausschließen, aber eine Verpflichtung hierzu hat er nicht, 526.

Erbrecht. Unterschiede der hereditatis petitio und der actio familiae erciscundae, 156. — Erfordernisse dieser beiden Klagen, ibid. — der Verzicht eines testamentarisch Honorirten auf Rechte aus dem Testamente bei Lebzeiten des Testators ist rechtlich bedeutungslos, ibid.

Erbschaft. Gerichtsstand der E., 177.

Erbschaftsklage. Unterschiede und Begründung der hereditatis petitio und der actio familiae erciscundae, 156. — dadurch, daß eine E. in ein Defecturverfahren hinübergeleitet wird, ändert sich an der Natur der Klage etwas nicht, 526.

Exception, s. Einrede.

Executionsproceß. Von einer Forderung, zu deren Beweise ein verjährter Wechsel beigebracht wird, läßt sich nicht sagen, daß sie in einer für den E. hinreichenden Weise liquid gemacht worden sei, 530.

Executivproceß. Mit Bleistift geschriebene oder unterschriebene Urkunden eignen sich nicht für den E., 123. — desgleichen nicht solche Urkunden, welche den Gegenstand und Umfang der Leistung unbestimmt lassen, ibid.

Execution eines Kindes, 524.

F.

Feuerpolizei. Vereinigung der Functionen des Feuerpolizei-Commissars und des Feuerlösch-Directors in einer Person, 456.

Floßrecht. Zur Lehre vom F., 423. — Regalität des F.s, ibid. — Verpflichtung der Eigenthümer der auf beiden Ufern angrenzenden Grundstücke, den Floßbeamten, Floßaufsehern und Floßarbeitern das Begehen der Uferränder, wie es der Floßbetrieb erfordert, zu gestatten und alle dem entgegegenstehende Hindernisse zu beseitigen, ibid.

Forderung, s. Vertrag.

Forum, s. Gerichtsstand.

Fremde, s. Ausländer.

Friedensrichter. Mitwirkung der F. bei Erlaubnißertheilung zum Betriebe der Gast- und Schankwirthschaft, 469.

Früchte. Hat der Pachter einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Ersteher der an ihn verpachteten Grund-

stücke die am Tage der Zwangsversteigerung noch unerhobenen F. ihm zur Perception überlasse? 510.

G.

Gastbetrieb, s. Schankbefugnisse.

Gastpredigt. Ausschreibung von G.en durch die Kirchenvorstände, 190.

Geisteskranke. Anwendung der Eisenacher Convention in Oesterreich auf G., 453.

Gemeinde. Ursprung und privatrechtliches Verhältniß der sogen. Altgemeinde, 128.

Gemeindewesen. Landgemeindewahlen, 477. — Besteuerung einzelner Gewerbe Seiten der Gemeinden, 478. — die von den Gemeindevorständen auszustellenden Vollmachten, 477.

Gerichtspolizei, s. Medicinalwesen.

Gerichtsstand. Der G. der Erbschaft, 177. — die Gerichtsstände nach dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung, 212.

Geringfügige Rechtssachen. Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über geringfüg. R., 205.

Geschäftsführung. Begründung der Klage des Geschäftsführers auf Erstattung des Gezahlten, bez. unter Berücksichtigung des Momentes der Bereicherung, 139.

Gesundheitsnachtheile. Sogenannte G. als Ehescheidungsgrund, 49.

Gesundheitspolizei, s. Medicinalwesen.

Gewerbewesen. Gewerbebetrieb im Umherziehen, 473. — Zulassung von Ausländern zum Gewerbebetrieb im Umherziehen, ibid. — Competenz des Polizeipräsidiums zu Berlin zu Ausstellung von Legitimationsscheinen für den Gewerbebetrieb im Umherziehen, 474. — Gesuche um Ausstellung von Legitimationsscheinen zum Gewerbebetrieb im Umherziehen, 475. — Beschäftigung von Kindern in Fabriken, ibid. — Besteuerung einzelner Gewerbe Seiten der Gemeinden, 478. — Zurücknahme von Erlaubnißertheilungen zum Betriebe des Gewerbes als Schauspielunternehmer, 472.

Grunddienstbarkeit, s. Servitut.

Grund- und Hypothekenbuch. Verlautbarung von Parcellenverschmeizungen, 56. — Hinzuschlagung von Pertinenzen des einen Grundstücks zu einem anderen Grundstücke desselben Besitzers, 58. — Verfahren bei Uebertragung der Folienentwürfe in das Grund- und Hypothekenbuch und bei den etwa hierzu nöthig werdenden Berichtigungen, 61. — für welche Grundstücke sind nach §. 7. der Einführungsverordnung vom 9. Januar 1865 Folienentwürfe anzulegen? 63. — zu §. 109—112. der Einführungsverordn. v. 9. Jan. 1865, 64. — Consolidation bereits eingetragener Grundstücke mit solchen, für welche Folienentwürfe erst noch aufzustellen sind; Erwerbungen, welche erst nach Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt sind, 65. — allgemeine Bemerkungen über Anlegung von Grundstücksfolien und Folienentwürfen; Vollständigkeit der Grundacten; Nachholung des öffentlichen Aufrufs; öffentliche Wege, Schließung eines unstatthafter Weise angelegten Folii, 67. — zu §§. 4. u. 6. der Verordnung vom 4. August 1866, die Anlegung von Grundbuchsfolien für die Staatsforstreviere betr., 72. — zur Behandlung der ersten Rubrik bei den in §. 7. der Einführungsverordnung vom 9. Januar 1865 gedachten Grundstücksfolien, 77. — zu §. 16. unter 7. des Gesetzes vom 6. Nov. 1843 und zu §. 114. unter 5. der Verfolordnung vom 9. Jan. 1865; Nutznießungsrechte; Grunddienstbarkeiten; Wiederkaufsrechte, 85. — Vertretung der geistlichen Lehne, Schul- und Kirchenlehne bezüglich der Anerkennung von Folienentwürfen, 90. — Protestation gegen Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks, 92.

H.

Handelsbrauch. Einfluß der Aussprüche der kaufmännischen Mitglieder der Handelsgerichte über das Vorhandensein eines H., 37. — Berücksichtigung handelsrechtlicher Usancen, 54.

Handelgericht. Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über handelsrechtliche Streitigkeiten, 202. — desgl. über das Verfahren vor den Handelsgerichten, 339.

Handelsgerichtsproceß. Die in einer vor dem Leipziger Handelsgerichte anhängig gemachten Rechtssache von dem Beklagten erst im schriftlichen Einlassungssatze vorgeschützten Ausflüchte sind nicht für versäumt zu achten, wenn zufolge abgeschlossenen Compromisses das schriftliche Verfahren an die Stelle der mündlichen Verhandlung im Termine getreten ist, 142.

Handelsgesellschaft. Ueber die Eidesleistung von Handelsgesellschaftern, 546. — rechtliche Wirkung der von einem der socii verhangenen Versäumniß am Schwörungstermine, ibid.

Handlungsfähigkeit. Die H. eines Ausländers, welcher im Auslande gerichtlich für einen Verschwender erklärt worden ist und in Sachsen Wechsel ausgestellt hat, 25.

Hausirhandel, s. Gewerbewesen.

Hazardspiel, 458.

Hebamme. Die von den H.n zu bewirkenden Geburtsanzeigen, 465.

Heimathsachen. Postporto in streitigen H., 449.

Hereditatis petitio, s. Erbschaftsklage.

Hinterlegungsvertrag, s. Depositum.

Hülfsverfahren. Cession einer dem Cedenten rechtskräftig zuerkannten Forderung und Fortstellung des Hülfsverfahrens, 20. — die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Maße im einzelnen Falle die Vollstreckung eines die Ehefrau verurtheilenden Erkenntnisses ausführbar sein werde, ist der Executionsinstanz zu überlassen, 140.

Hülfsvollstreckung. H. in den Antheil des Ehemannes als Verklagten an dem von der Verkäuferin für sich und ihren Ehemann in beschränkter Weise vorbehaltenen, jedoch ohne alle Einschränkung eingetragenen Naturalauszug, 39. — Anwendung der Militärexecution in Wegebausachen, 462.

Hypothek. Interventionsrecht des ältern Hypothekariers, 20. — Haftpflicht des früheren Grundstückseigenthümers für die auf dem Grundstücke haftenden Hypothekschulden, 379. — die Anordnung des Erblassers, daß ein Vermächtniß von einer bestimmten H. bezahlt werden solle, ist nicht als eine, bez. theilweise Ueberweisung der letzteren an den Bedachten aufzufassen, 530. — s. auch Subhastation.

J.

Jagdpolizei. Zu §. 30. des Jagdgesetzes von 1. December 1864, 457.

Illaten, s. Dos.

Impensae, s. Verwendungen.

Indossament. Das Blanco-J. macht den Urheber desselben der Rechte aus dem Wechsel nicht verlustig, sobald er nur den letzteren in den Händen hat, 44. — Eigenthumsgiro oder Procura-J.? 120. — im Falle des Procura-J.s sind die dem Mandanten gegenüber zustehenden Einreden auch gegen den Indossatar wirksam, 120. — s. auch Wechsel, Wechselrecht.

Intercession, s. Bürgschaft.

Interesse, s. Verzug.

Interpretation, s. Auslegung.

Intervention. Das Interventionsrecht des älteren Hypothekariers, 20.

K.

Kauf. Hat die beim K. über ein Trennstück für einen bestimmten Tag bedungene Zahlung des Kaufpreises als eine Vorleistung zu gelten, deren Unterlassung den Verkäufer von der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten befreit? 270. — Verzug des Grundstückskäufers in Erfüllung des K.s als Ursache der vor der Kaufsvollziehung eingetretenen Zwangsversteigerung des verkauften Grundstücks; Wirkung dieser mora unter den Kaufsinteressenten, 411.

Kinder, deren Beschäftigung in Fabriken, 475.

Kirchendiener. Confirmation der niedern K., 185.

Kirchengemeinde. Aufnahme von Darlehnen durch K.n, 183.

Kirchensynode. Wahl der Wahlmänner zur Wahl der angeordneten K., 191.

Kirchen- u. Schulsachen. Vertretung der geistlichen Lehne, Schul- und Kirchenlehne bezüglich der Anerkennung von Folienentwürfen, 90. — Anstellung der Todtengräber, 184. — Confirmation der niedern Kirchendiener, 185. — Gebührenfixa der weltlichen Coinspectionsbehörden für die Beaufsichtigung und Leitung der Verwaltung des Kirchenvermögens, ibid.

Kirchenvorstand. Verpflichtung und Einweisung der Kirchenvorstände, 182. — Festsetzung der Zahl der Mitglieder der Kirchenvorstände, 187. — Wahl der neben dem Pfarrer dem K. angehörenden Geistlichen, 188. — Abhaltung der K.sitzungen in Filialgemeinden, 189. — Ausschreibung von Gastpredigten durch die Kirchenvorstände, 190.

Kirchenvorstandsordnung. Zur Erläuterung von §. 20. Alin. 2. der K., 190.

Kirchrechnung. Monirung und Justificirung vor Einsetzung der Kirchenvorstände abgelegter, noch ungeprüfter Kirch- und Stiftungsrechnungen, 187.

Klage. Actio confessoria, gerichtet auf Anerkenntniß eines angeblich durch Ersitzung erworbenen Bewässerungsbefugnisses, 151. — actio familiae erciscundae, deren Unterschied von der hereditatis petitio, 156. — a. negatoria, dieselbe ist nicht begründet, wenn es sich um Verletzungen handelt, welche sich im Wesentlichen nur gegen die Person des Eigenthümers richten, 125. — desgl. dann nicht, wenn Beklagter Handlungen vorgenommen hat, ohne welche die ihm zustehende Dienstbarkeit nicht würde haben ausgeübt werden können, ibid. — a. negotiorum gestorum contraria, Begründung der Klage des Geschäftsführers auf Erstattung des Gezahlten, bez. unter Berücksichtigung des Momentes der Bereicherung, 139. — a. rei uxoriae, Begründung der K. auf Rückforderung des Mobiliareinbringens der Ehefrau nach getrennter Ehe, 516. — Erbschaftsklage. Dadurch, daß eine Erbschaftsklage in ein Defecturverfahren hinübergeleitet wird, ändert sich an der Natur der K. etwas nicht, 526. — rei vindicatio, zu Begründung derselben kann zulässiger Weise auf mehrfachen Eigenthumserwerb Bezug genommen werden, 164. — Begründung der K. auf Rückerstattung eines Darlehns, 549. — Syndicatsklage, 32. — K. aus einem mit Delegation verbundenen Neuerungsvertrage, 144. — dem Kläger, dessen frühere K. auf Grund einer liquiden Einrede in der angebrachten Maße abgewiesen war, steht die Rechtskraft nicht entgegen, wenn das neuere Klagvorbringen mit dem Inhalte der K. im Vorprocesse nicht in directem Widerspruche steht, 149. — was gehört zur schlüssigen Begründung der Klagbehauptung, daß zu der Erklärung einer Ehefrau die ehemännliche Genehmigung erfolgt sei? 173. — über die zur Abweisung einer K. gebräuchlichen Urthelsformeln und deren Unterschied, 528.

Klagbeantwortung. Mangel einer ordentlichen und bestimmten K., 448. — s. auch **Einrede.**

Kranken- und Begräbnißunterstützungscassen, 465.

Kundenüblichkeit. Zulässigkeit des Eides über die „K." der angesetzten Preise, 120.

L.

Landgemeindewahlen, 477.

Läugnen des Klaggrundes, s. Einrede, Klaggrund.

Lebensversicherung, s. Versicherungsgesellschaft, Versicherungsvertrag.

Legaleid. Zulässigkeit des L.es zu Ergänzung eines Sachverständigen-Gutachtens, 56.

Legatum, s. Vermächtniß.

Legitimationswesen. Ausstellung von Geburtsscheinen für Militärpflichtige, 181. — Ausstellung von Legitimationsscheinen zum Colportiren von Preßerzeugnissen, 460. — Gesuche um Ausstellung von Legitimationsscheinen zum Gewerbebetrieb im Umherziehen, 475. — Competenz des Polizeipräsidiums in Berlin zu Aus-

stellung von Legitimationsscheinen für den Gewerbebetrieb im Umherziehen, 474.

Leistung. Hat die beim Kaufe über ein Trennstück für einen bestimmten Tag bedungene Zahlung des Kaufpreises als eine Vorleistung zu gelten, deren Unterlassung den Verkäufer von der Erfüllung seiner Verpflichtungen befreit? 270. — unmögliche L.? ibid.

Letzter Wille, s. Testament.

Lieferungsgeschäft. Lieferungsort, 114. — Begründung einer Schadenklage wegen nicht erfolgter Lieferung, ibid. — statt der für den Fall vertragswidriger Lieferung im Voraus vereinbarten Nachholung der vertragsmäßigen Leistung kann nach Befinden auch Rückgängigmachung des Kaufgeschäftes oder verhältnißmäßige Preisminderung gefordert werden, 415. — s. auch Kauf.

Locatio conductio operarum, s. Verdingungsvertrag.

Locatio conductio rerum, s. Pachtvertrag.

M.

Mahnverfahren. Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über das M., 352.

Mandat. Abschluß von Veräußerungsverträgen der in §. 822. des bürgerl. Gesetzbuchs bezeichneten Art durch Stellvertreter, 147.

Medicinalwesen. Besetzung ärztlicher Aemter und Stellen, 463. — Verhältniß der Aerzte II. Classe, 464. — die von den Hebammen zu bewirkenden Geburtsanzeigen, 465. — Transport des Schlachtviehes, ibid. — Maßregeln bei der Rotz- und Wurmkrankheit der Pferde, 466.

Miethvertrag, s. Pachtvertrag.

Militärexecution, deren Anwendung in Wegebausachen, 462.

Militärpflichtige. Ausstellung von Geburtsscheinen für M., 181.

Miterbe, s. Erbe.

Mitgift, s. Dos.

Mora, s. Verzug.

Muciana praesumtio. Die M. pr. wirkt nur, wenn sie vom Ehemanne für sich geltend gemacht wird, 164.

Musikmachen an öffentlichen Orten, 478. — s. auch Tanzbelustigungen.

N.

Negatorienklage, s. Klage.

Negotiorum gestio, s. Geschäftsführung.

Nominatio auctoris. In der nom. auct. liegt kein Verzicht auf die Vertheidigung eines vom Beklagten selbst in Anspruch genommenen ausschließlichen Befugnisses, 151.

Novation. N. durch Ausstellung eines Wechsels über eine bestehende Forderung ist nicht anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, aus welchen eine entgegengesetzte, auf die Fortdauer der früheren Verbindlichkeit gerichtete Willensmeinung der Betheiligten erkennbar wird, 132. — Klage aus einer mit Delegation verbundenen N., 144.

O.

Obligation, s. Leistung, Vertrag.

Oralfideicommiß. Zur Lehre von den O.en, 284. 437.

P.

Pachtvertrag. Hat der Pachter einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Ersteher der an ihn verpachteten Grundstücke die am Tage der Zwangsversteigerung noch unerhobenen Früchte ihm zur Perception überlasse? 510.

Pertinenz, s. Zubehörung.

Pfandrecht. Waren für eine ausgeklagte Forderung Wechsel verpfändet, so kann der Beklagte nur verurtheilt werden, gegen Herausgabe der Wechsel Zahlung zu leisten, 525. — s. auch Hypothek.

Pflichttheilsrecht. Der in re certa eingesetzte Pflichttheilserbe, von welchem das Testament nicht als inofficiös angefochten wird, hat kein Recht, über die Verwaltung eines zum

Nachlasse des Erblassers gehörigen Grundstücks Rechnungsablegung zu fordern, 272.

Polizeipräsidium in Berlin. Competenz desselben zu Ausstellung von Legitimationsscheinen für den Gewerbebetrieb im Umherziehen, 474.

Polizeirecht, s. Gewerbewesen, Medicinalwesen, Legitimationswesen, Preßwesen.

Porto. Postporto in streitigen Heimathsachen, 449. — Portoaufwand für die durch die Post einzusendenden Pflichterexemplare, 461.

Preßwesen. Colportiren von Preßerzeugnissen, 459. — Ausstellung von Legitimationsscheinen zum Colportiren von Preßerzeugnissen, 460. — Portoaufwand für die durch die Post einzusendenden Pflichterexemplare, 461.

Proceß. Eine Entscheidung in materialibus Seiten der höheren Instanz neben der Anordnung anderweiter Verhandlung in erster Instanz ist proceßrechtlich undenkbar, 45. — der erkennende Richter kann, auch wenn die Parteien wegen des auf ein Reclamationsanbringen des Klägers einzuschlagenden Verfahrens ein Compromiß abgeschlossen haben, den Kläger zu Anstellung förmlicher Klage verweisen, 130. — Unzulässigkeit der Anordnung, daß Kläger seine Ansprüche bei deren Verlust binnen einer gewissen Frist mittelst schlüssiger Klage an- und auszuführen habe, ibid. — Vorbringung neuer Thatsachen in der dritten Instanz, 163. — Erledigung der Regel: Negans non excipit etc. durch Erklärungen und Zugeständnisse in der Appellationsinstanz, 432. — waren für eine eingeklagte Forderung Wechsel verpfändet, so kann der Beklagte nur verurtheilt werden, gegen Herausgabe der Wechsel Zahlung zu leisten, 525. — über die zur Abweisung einer Klage gebräuchlichen Urthelsformeln und deren Unterschied, 528. — s. auch Appellable Summe, Appellation, Eid, Hülfsverfahren, Hülfsvollstreckung, nominatio auctoris, Streitgenossen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Proceßlegitimation. Die von den Gemeindevorständen auszustellenden Vollmachten, 477.

Proceßordnung. Die Grundzüge des Entwurfs einer P. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den norddeutschen Bund mit besonderer Rücksicht auf die der Advocatur darin angewiesene Stellung, 3. — Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens, 8. — die Verhandlungsmaxime und das richterliche Fragrecht, 9. — Proceßleitung, 12. — Beweis, ibid. — Stellung der Rechtsanwälte, 15. — Anwaltsproceß, 17. — Gutachten über denselben Entwurf, 194. 289. — Gerichtsverfassung, 198. — Zuständigkeit der Landgerichte, Amtsgerichte und Handelsgerichte, 202. — Prorogation, 207. — Gerichtsstände, 212. — Proceßvollmachten und Beistände, 220. — Princip der Oeffentlichkeit, 225. — desgl. der Mündlichkeit, 226. — Verhandlungsprincip, 241. — Eventualprincip, 244. — Klage, 253. — deren Inhalt, 263. — schriftliches Vorverfahren, 289. — Princip der Beweisverbindung, 295. — Versäumnißurtheil, 300. — Beweisaufnahme und Schlußverhandlung, 305. — Beweismittel, 307. — Augenschein, ibid. — Zeugen, 308. — Sachverständige, 313. — Urkunden, 317. — Eid, 322. — Beweis zum ewigen Gedächtniß, 337. — Verfahren vor den Handels- und Amtsgerichten, 339. — Urkunden- und Wechselproceß, 344. — Arrestproceß, 348. — einstweilige Anordnungen, 349. — Rechnungssachen, 350. — Mahnverfahren, 352. — Rechtsmittel, 353.

Protest, s. Wechselprotest.

Provocationsproceß, s. Diffamationsproceß.

Q.

Quittung. Die Vorschriften in §. 981. des bürgerl. Gesetzbuchs leiden nicht blos dann Anwendung, wenn die Forderung durch Zahlung getilgt war, sondern auch dann, wenn sie auf andere Weise, z. B. durch Aufrechnung, erloschen ist, 287.

R.

Rechnungsablegung. Unschlüssigkeit der wider die Ehefrau erhobenen

Klage auf R., wenn sie hinsichtlich des Endpunktes den Zeitraum, auf welchen R. gefordert wird, nicht bestimmt erkennen läßt und die Thätigkeit der Ehefrau in Dienstleistungen zu Förderung des Hauswesens und des Gewerbes des Ehemannes bestanden hat, 367. — der in re certa eingesetzte Pflichttheilserbe, von welchem das Testament nicht als inofficiös angefochten wird, hat kein Recht über die Verwaltung eines zum Nachlasse des Testators gehörigen Grundstückes R. zu fordern, 272.

Rechnungsproceß. Dadurch, daß eine Erbschaftsklage in ein Desecturverfahren hinübergeleitet wird, ändert sich an der Natur der Klage etwas nicht, 526. — Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über den R., 350.

Rechtskraft. R. der Entscheidungsgründe, 135. — dem Kläger, dessen frühere Klage auf Grund einer liquiden Einrede in der angebrachten Maße abgewiesen war, steht die R. nicht entgegen, wenn das neuere Klagvorbringen mit dem Inhalte der Klage im Vorprocesse nicht in directem Widerspruche steht, 149. — die res judicata ist stets, namentlich dann stricte zu interpretiren, wenn sie eine Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthält, 156. — Wirkung der wider den Gemeinschuldner eingetretenen res judicata dem Concurse gegenüber, 165.

Rechtsmittel. Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über R., 353. — s. auch Appellation.

Restitutio in integrum, s. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Rotzkrankheit. Maßregeln bei der Rotz- und Wurmkrankheit der Pferde, 466.

S.

Sachverständige. Ergänzung des Gutachtens S.r durch einen Legaleid, 313. — die übereinstimmenden, wenn auch nicht allenthalben speciell motivirten Gutachten der S.n haben die Unterlage für die Entscheidung zu bilden, wenn dem erkennenden Richter nicht besonderer Anlaß zu Zweifeln in den Acten gegeben ist, 500. — Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über S., 313.

Schankbefugnisse. Die nöthige Sorgfalt bei der Beschlußfassung auf Gesuche um Concession zum Schankbetrieb, 468. — Befragung der Gutsherrschaft über Gesuche um Erlaubnißertheilung zum Betriebe der Gast- und Schankwirthschaft, bez. die Mitwirkung der Friedensrichter, 469. — unzulässige Rechtsmittel in Schanksachen, 470.

Schauspielwesen. Zurücknahme von Erlaubnißertheilungen zum Betriebe des Gewerbes als Schauspielunternehmer, 472.

Schenkung. Vermögensverminderungen, welche nach dem Zeitpunkte der an sich nicht inofficiösen S. eintreten, können dieser nicht den Character der Inofficiosität aufdrücken, 30.

Schlachtvieh. Transport von S., 465.

Schriftlichkeit. Abschluß von Veräußerungsverträgen der in §. 822. des bürgerl. Gesetzbuchs bezeichneten Art durch Stellvertreter, 147.

Schubtransport. Der S. auf der Dresden-Prager Eisenbahn, 454.

Schuldanerkenntniß. Das Anführen des Klägers, die Beklagte, die Ehefrau des verstorbenen Darlehnsempfängers, habe das Darlehn der 200 Thlr. als richtig anerkannt und ihm, dem Kläger, zugestanden, daß sie diese 200 Thlr. an ihn zu bezahlen habe, enthält eine schlüssige Klagbegründung nicht, 146.

Schuldübernahme. Haftpflicht des früheren Grundstückseigenthümers für die auf dem Grundstücke haftenden hypothekarischen Schulden, 379. — s. auch Schuldanerkenntniß.

Schulsachen, s. Kirchen- und Schulsachen.

Servitut. Confessorienklage auf Anerkenntniß eines angeblich durch Ersitzung erworbenen Bewässerungsbefugnisses, 151. — Wirkung der auctoris nominatio dabei in Bezug auf die Vertheidigung, ibid. — zur Lehre von den S.en, 169. — durch Zugeständniß der Existenz einer Wegegerechtigkeit räumt der Servitutpflich-

tige nicht seine Verbindlichkeit zu Instandhaltung des Weges ein, ibid. — Feststellung des Begriffes der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten, ibid. — Wesen der Grunddienstbarkeiten, 368. — Derjenige, welchem die Grunddienstbarkeit der Wasserleitung über das Grundstück eines Andern zusteht, ist nicht befugt, die zur Ausübung der S. erforderlichen Vorrichtungen beliebig zu verändern, 275.

Societät, s. Handelsgesellschaft.

Staatsforsten. Anlegung von Grundbuchsfolien für St.-Reviere, 75.

Stellvertretung, s. Mandat.

Stempel. Verwendung von Stempelpapier bei Ertheilung des Bürgerrechts, 476.

Stiftsrechnung, s. Kirchrechnung.

Strafproceß. Das Verfahren beim Widerspruche des Staatsanwaltes gegen Haftentlassungen, 493.

Straßenbau. Wegebauunterstützungen, 462.

Straßenpolizei. Anwendung der Militärexecution in Wegebausachen, 462. — Begutachtung von Stauanlagen durch die fiscalischen Wasserbaubeamten, 468.

Streitgenossenschaft. Beurtheilung der Appellabilität, im Falle Streitgenossen appellirt haben, 546. — rechtliche Wirkung der von einem der socii verhangenen Versäumniß am Schwörungstermine, ibid.

Subhastation. Appellation gegen die Adjudication eines zwangsweise versteigerten Grundstücks, 23. — Vertheilung gestundeter Licitalgelder, 97. — Erhebung von Besitzabgaben von Grundstücken, die in nothwendiger S. erstanden worden, 180. — hat der Pächter einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Ersteher der an ihn verpachteten Grundstücke die am Tage der S. noch unerhobenen Früchte ihm zur Perception überlasse? 510.

T.

Tanzbelustigungen. Abhaltung öffentlicher T., 470.

Testament. Der Verzicht eines testamentarisch Honorirten auf Rechte aus dem Testamente bei Lebzeiten des Testators ist rechtlich bedeutungslos, 156. — Bemerkungen über Wesen und rechtliche Bedeutung der notariellen letzten Willenserrichtung nach §. 2108. des bürgerl. Gesetzbuchs, 385. — Bedeutung desselben §. 2108., 481. — über die Art und Weise der Bezeichnung des Bedachten in einem T., 530.

Todtengräber, deren Anstellung, 184.

U.

Uneheliche Kinder, s. Alimente.

Untheilbares Recht, s. Servitut.

Unzucht. Uebung gewerbmäßiger U. als Grund, die älterliche Einwilligung zur Verehelichung zu versagen, 280.

Urkunde. Unterzeichnung von U.n mit Bleistift, 123. — U.n, welche den Gegenstand und Umfang der Leistung unbestimmt lassen, sind keine documenta guarentigiata, ibid. — von einer Forderung, zu deren Beweise ein verjährter Wechsel beigebracht wird, läßt sich nicht sagen, daß sie in einer für den Executionsproceß hinreichenden Weise liquid gemacht worden sei, 530. — Bestimmungen des Entwurfes der norddeutschen Civilproceßordnung über U.n, 317.

Urkundenproceß. Der U. nach dem Entwurfe der norddeutschen Civilproceßordnung, 317. — s. auch Executionsproceß, Executivproceß.

V.

Vaterschaft, s. Alimente.

Verdingungsvertrag. Solange Seitens des Bestellers die Billigung des Werkes oder der Sache nicht erfolgt ist, sind auch dessen Ansprüche auf Verbesserung oder auf Schadensersatz nicht ausgeschlossen, 365.

Vergleich. Einrede des vom Gläubiger mit dem Hauptschuldner eingegangenen V.s Seiten des Bürgen, 434.

Verlöbniß, s. Eherecht.

Verloosung. V. ausgestellter Gegenstände, 458.

Vermächtniß. Ueber die Art und Weise der Bezeichnung des Bedachten in einem letzten Willen, 530. — Oralfideicommisse, 284. 437. — die Anordnung des Erblassers in einem letzten Willen, daß ein V. von einer bestimmten Hypothekenforderung bezahlt werden solle, ist nicht als eine, bez. theilweise Ueberweisung der letzteren an den Bedachten aufzufassen, 530.

Vermuthung, s. Muciana praesumtio.

Verpfändung, s. Hypothek, Pfandrecht.

Verschwender. Handlungsfähigkeit eines Ausländers, welcher im Auslande gerichtlich für einen V. erklärt worden ist, in Sachsen aber Wechselverbindlichkeiten übernommen hat, 25.

Versicherungsgesellschaften, 457.

Versicherungsvertrag. Verpflichtung des Versicherungsnehmers zu Bezahlung der ersten Jahresprämie, 112. — Perfection des V.s, 439. — Beweislast rücksichtlich der Behauptung, daß der Versicherte die Versicherungsbedingungen nicht erfüllt habe, 439.

Vertrag. Deshalb, weil die Erfüllung eines V.s der einen Partei Schwierigkeiten macht, ist die andere Partei nicht berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten oder ihrerseits die Erfüllung zu verweigern, 179. — Auslegung von Verträgen, 374.

Verwahrung gegen Veräußerung und Verpfändung eines Grundstückes. Protestation gegen Veräußerung eines Nachlaßgrundstückes, 92.

Verwaltungssachen. Unzulässige Rechtsmittel in Schanksachen, 470.

Verwendungen. Wie ist Derjenige, welcher auf Grund und Boden des Gemeinschuldners ein Gebäude errichtet hatte, zu entschädigen, wenn der Concurs die Ausübung des jus tollendi verweigert? 520.

Verzicht. Auslegung von Verzichtserklärungen, 119.

Verzug. Zur Lehre vom V.e, 268. — Begriff der „Pünktlichkeit" namentlich bei bedungener cassatorischer Clausel, ibid. — V. des Grundstückskäufers in Erfüllung des Kaufs als Ursache der vor der Kaufsvollziehung eingetretenen Zwangsversteigerung des verkauften Grundstücks; Wirkung dieser mora unter den Kaufsinteressenten, 411. — V. des Verwahrers in Zurückgabe der hinterlegten Sache, 503. — das unter dem Namen einer „Conventionalstrafe" bedungene interesse moraе hat im Concurse des Gemeinschuldners nur als Zinsanspruch Berücksichtigung zu finden, 506.

Vorausklage, s. Bürgschaft.

Vorkaufsrecht. Zur Lehre vom V. mit besonderer Rücksicht auf den Fall, wenn ein solches im Kaufvertrage der „Herrschaft" reservirt war, 370.

W.

Waisenhaus zu Pöhla, 454.

Wasserbauwesen. Begutachtung von Stauanlagen durch fiscalische Wasserbaubeamte, 463.

Wechsel. Von einer Forderung, zu deren Beweise ein verjährter W. beigebracht wird, läßt sich nicht sagen, daß sie in einer für den Executionsproceß hinreichenden Weise illiquid gemacht worden sei, 530. — über die Frage, ob durch die acceptirte Tratte das Recht des Trassaten begründet werde, von dem Trassanten die Wiedererstattung des von ihm Gezahlten zu fordern, 532. — die Indossirung eines vom Ehemanne ausgestellten und an die Ehefrau girirten W.s Seiten der Letzteren enthält nicht eine Verbürgung für ihren Ehemann, sondern ist eine Veräußerung des W., 536.

Wechselausstellung. Wenn ist eine Novation durch W. anzunehmen? 132.

Wechselproceß. Im Falle des Procuraindossaments sind die dem Mandanten gegenüber zustehenden Einreden auch gegen dessen Indossatar wirksam, 120. — W. nach dem Entwurfe einer Civilproceßordnung für den norddeutschen Bund, 344.

Wechselprotest. Die Protestfrist geht mit Ablauf der Stunde des letzten Protesttages zu Ende, bis zu welcher ein Protest aufgenommen werden kann, und ein nach dieser Stunde, wenngleich

noch am letzten Protesttage aufgenommener Protest ist daher ungültig, 445.

Wechselrecht. Wechselfähigkeit eines Ausländers, welcher im Auslande gerichtlich für einen Verschwender erklärt worden ist, in Sachsen aber Wechselverbindlichkeiten übernommen hat, 25. — die Vorschrift, daß domicilirte Wechsel auch selbst zu Erhaltung des Anspruchs wider den Acceptanten protestirt werden sollen, ist auf das Verhältniß des Ausstellers eines Wechsels an eigne Ordre wider den Acceptanten ebenfalls zu beziehen; jedoch wird durch die Beobachtung dieser Vorschrift an dem Begriffe der Acceptation etwas nicht geändert, 48. — Beweiskraft eines Acceptes bezüglich der vom Aussteller geltend gemachten Forderung im Concurse des Acceptanten, 165. — Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage aus einem verloren gegangenen Wechsel wider den Acceptanten Seitens des Inhabers des Wechsels, 537. — die Vorschrift in Art. 73. der Wechselordnung leidet auf domicilirte Wechsel nicht Anwendung, ibid. — über Art. 88. der Wechselordnung, ibid. — ein domicilirter Wechsel, welcher zur Verfallzeit nicht bei dem Domiciliaten präsentirt, bez. protestirt worden ist, verliert auch dem Acceptanten gegenüber seine Gültigkeit, ibid.

Wegegerechtigkeit, s. Servitut.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Ehefrau hat in Processen mit dem Ehemanne, in denen es nur um Sicherstellung ihres Einbringens sich handelt, keine W. gegen die Versäumniß am Beweise, 283. — gegen Versäumnisse des Sachwalters bietet Krankheit desselben unter Umständen einen genügenden Restitutionsgrund dar; in einem solchen Falle kann das Gesuch um W. auch durch den nämlichen Sachwalter angebracht werden, 418.

Wohnungsrecht. Ein öfteres und willkürliches Betreten der zum ausschließlichen Gebrauche der Wohnungsberechtigten dienenden Locale Seiten des Eigenthümers ist als eine Störung in der Ausübung des W.s zu betrachten, 143.

Wurmkrankheit. Maßregeln bei der Rotz- und W. der Pferde, 466.

Z.

Zahlung. Zur Frage, worauf eine geleistete Z. zu rechnen sei? 508. — s. auch Leistung, Verzug.

Zeugen. Bestimmungen des Entwurfs der norddeutschen Civilproceßordnung über Z., 308.

Zubehörung. Hinzuschlagung von Pertinenzen des einen Grundstücks zu einem anderen Grundstücke desselben Besitzers, 58.

Officin der Verlagshandlung.

Digitized by Google